Die Gefahrtragung beim Werkvertrag.

Eine vergleichende Darstellung der Bestimmungen des römischen Rechts und des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Conrad Peill

Referendar aus Elberfeld.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag.

Eine vergleichende Darstellung der Bestimmungen des römischen Rechts und des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Conrad Peill

Referendar aus Elberfeld.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Allgemeiner Teil.

Werkvertrag und Gefahrtragung ihrem Begriff nach.

Erster Abschnitt.

Der Werkvertrag.

Kapitel 1. Der Werkvertrag im römischen Recht 3
a) Der eigentliche Werkvertrag 3
b) Die locatio conductio irregularis 6
c) Der Werklieferungsvertrag 6
Kapitel 2. Der Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch . . . 6
a) Der eigentliche Werkvertrag 6
b) Der irreguläre Werkvertrag 8
c) Der Werklieferungsvertrag 10

Zweiter Abschnitt.

Die Gefahrtragung.

Kapitel 3. Gefahr und Zufall im Rechtssinn 13
a) Die Gefahr 13
b) Der niedere Zufall 14
c) Die höhere Gewalt 16
Kapitel 4. Periculum rei und periculum obligationis 19
a) periculum rei 19
b) periculum obligationis bei einseitigen Verträgen . 20
c) periculum obligationis bei zweiseitigen Verträgen 21

Seite

Dritter Abschnitt.

Die Tragung und der Übergang der Gefahr beim Werkvertrag.

Kapitel 5. Die gemeinrechtlichen Theorien über den Träger der Gefahr 22
a) Gefahrtragung des Unternehmers 24
b) Gefahrtragung des Bestellers 27
c) Gefahrteilung 28
Kapitel 6. Der Gefahrübergang 32
a) approbatio 32
b) Abnahme 35

II. Besonderer Teil.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im römischen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erster Abschnitt.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im römischen Recht.

Kapitel 7. Die Quellen und ihre Interpretation 38
Kapitel 8. Das Prinzip der Quellen 54
a) Das Subjekt der Gefahrtragung 54
b) Das Objekt der Gefahrtragung 55

Zweiter Abschnitt.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kapitel 9. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . 57
Kapitel 10. Das Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs 66
a) Der eigentliche Werkvertrag 66
b) Der irreguläre und der Werklieferungsvertrag . . 68

Dritter Abschnitt.

Tabellarische Übersicht der gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts und Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Kapitel 11. Tabelle 70
Schluß: Die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers . . . 72

Literaturverzeichnis.

Arndts, Pandekten. 14. Aufl. Stuttgart 1889.

Baron, Pandekten. 7. Aufl. Leipzig 1890.

Bolze, Über den Zufall bei der Werkverdingung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 57, Heidelberg 1874.

Böninger, Die Unterschiede zwischen den Lehren von der Gefahrtragung beim Werkvertrag des gemeinen und bürgerlichen Rechts. Leipziger Dissertation. Borna-Leipzig 1892.

Bredt, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Leipziger Dissertation. Elberfeld 1902.

v. Buchholtz, Das Einstehen für den Zufall bei dem Verdingungsvertrage. In Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 8, Gießen 1851.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. Bd. 2. Erlangen 1873.

Burchardi, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen. Kiel 1861.

Corpus iuris civilis: Institutiones recogn. Krüger. Digesta recogn. Mommsen. Codex Justinianus recogn. Krüger. 4. Aufl. Berolini 1886, 1888.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. Freiburg 1897 (zitiert als Crome I).

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Tübingen und Leipzig 1902 (zitiert als Crome II).

Cuiacii, operum postumorum, quae de iure reliquit Tomus quintus. Lutetiae Parisiorum 1658.

Dankwardt, Die locatio conductio operis. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 8, Jena 1874.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1903.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. neubearbeitete Aufl. Bd. 2. Halle 1906.

Donelli opera omnia. Lucae 1763.

Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag. In Jherings Jahrbüchern Bd. 27, Jena 1889.

Emerich, Kauf und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Bd. 1. Berlin 1903.

Enneccerus und **Lehmann,** Das bürgerliche Recht. Eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Marburg 1898.

Exner, Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht. Wien 1883.

Gai Institutiones edit. Krüger & Studenmund. Berolini 1877.

Gerth, Der Begriff der vis maior im römischen und Reichsrecht. Berlin 1890.

Gesterding, Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 17. Abt. 1. Erlangen 1815.

Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen. In der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 16, Erlangen 1871.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. 2. Aufl. Herausgegeben von Erxleben. Göttingen 1843.

Hartmann, Juristischer Kasus. In Jherings Jahrbüchern Bd. 22.

Homann, Der Zufall bei der Werkverdingung. Greifswalder Dissertation 1892.

Jahnke, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag. Nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Greifswalder Dissertation. Greifswald 1904.

Kaufmann, Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1: Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse. Bonn 1901.

Keller, Pandektenvorlesungen, herausgegeben von Friedberg. Leipzig 1861.

Kentenich, Die rechtliche Behandlung des Zufalls beim Werkvertrag nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Dissertation 1898.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom 18. August 1896. Berlin 1904.

Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen. Berlin 1888.

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts. 2. Aufl. Gießen 1818.

Meisner, Kommentar zum zweiten Buch des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

Meumann, Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts. 12. Heft in Leonhards Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Breslau 1903.

Oertmann, Der Zufall bei der Werkverdingung. In Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 24. Wien 1897 (zitiert als Oertmann I).

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906 (zitiert als Oertmann II).

Paszotta, Die rechtliche Behandlung des Zufalls bei der Werkverdingung. Greifswalder Dissertation 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert. Bd. 2. 3. Aufl. Berlin 1900.

Puchta, Pandekten. 10. Aufl. 1866.

Puntschart, Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts. Innsbruck 1885.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Schmauser, Zur Lehre vom Zufall bei der Werkverdingung nach gemeinem Recht. Erlanger Dissertation 1891.

Schmidt, Worin weichen die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Dissertation 1902.

Schmoll, Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Billigung erfolgte zufällige Untergang des Werkes auf die Verpflichtungen der Kontrahenten? Straßburger Dissertation 1889.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1897.

Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 2. Leipzig 1861.

Strohal in Jherings Jahrbüchern Bd. 33, Jena 1894. Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Bd. 2. Leipzig 1840.

Ury, Über die Gefahrtragung bei der locatio conductio operis nach gemeinem Recht. Erlanger Dissertation 1897.

Wächter, Pandekten. Leipzig 1881.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. Frankfurt 1906.

Windscheid zu Mommsen. In der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 2, Heidelberg 1855.

Wiskott, Welche Wirkungen hat bei der locatio conductio operis der vor der Approbation erfolgte zufällige Untergang des Werks auf die Verpflichtungen der Kontrahenten? Erlanger Dissertation 1897.

Wuppermann, Worin weichen die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Tragung der Gefahr beim Werkvertrag von denen des römischen Rechts ab? Rostocker Dissertation. Koblenz 1902.

Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Einleitung.

Die vorliegende Abhandlung soll uns in eines der umstrittensten Gebiete der Rechtsentwicklung, die durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch zu einem Abschluß gebracht worden ist, führen, und ihr Gegenstand soll weniger eine der häufigen Darstellungen der in der Literatur aufgestellten Theorien mit Berücksichtigung des Bürgerlichen Gesetzbuchs als der Nachweis eines in den Quellen aufgestellten einheitlichen Systems der Gefahrtragung beim Werkvertrag, das im wesentlichen mit einer zwar viel angefochtenen aber billigen Ausnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch Aufnahme gefunden hat, sein.

Bevor wir uns dem Kernpunkte der Gefahrtragung beim Werkvertrage widmen können, wird uns der juristisch-technische Ausdruck Werkvertrag und Gefahrtragung fesseln müssen. Bei ersterem wollen wir weniger auf die von anderen oft behandelte Differenzierung des Werkvertrags von den ihm verwandten Verträgen als auf die des Werkvertrags von seinen Abarten Gewicht legen, und glauben wir, daß bei letzterer ihrer Bedeutung für das heutige entwickelte Rechts- und Verkehrsleben halber eine breitere und gemeinverständlichere Darstellung der diesbezüglichen Lehren am Platze sein wird. Und zwar wollen wir versuchen, die Bedeutung der in Betracht kommenden termini technici für das römische Recht

und Bürgerliche Gesetzbuch, sowie die sich an sie knüpfenden Streitfragen darzulegen, indem wir die sich entsprechenden Institute in beiden Rechten soweit wie möglich nebeneinander behandeln. Haben wir uns mit den einschlagenden Begriffen vertraut gemacht, so wollen wir einen Überblick über die verschiedenen Theorien, die über die Gefahrtragung beim Werkvertrag aufgestellt sind, zu gewinnen suchen, um ein leichteres Verständnis für die bei der Entscheidung wesentlichen Punkte uns anzueignen, und dann erst ein unbefangenes Bild von den in Betracht kommenden Stellen des corpus juris wiederzugeben trachten. Das so erzielte Resultat wäre mit den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über unser Thema zu vergleichen. Am Schlusse bliebe uns dann noch die Erörterung einer Frage, die für die Parteien von großem wirtschaftlichen Interesse ist, übrig, die als solche nicht zur eigentlichen Gefahrtragung gehört, jedoch wohl mit ihr verwandt ist.

I. Allgemeiner Teil.

Werkvertrag und Gefahrtragung ihrem Begriff nach.

Erster Abschnitt.

Der Werkvertrag.

Kapitel 1.

Der Werkvertrag im römischen Recht.

Um auf das Wesen der Gefahrtragung beim Werkvertrag im römischen und bürgerlichen Recht eingehen zu können, müssen wir uns zunächst über den Werkvertrag als solchen klar sein.

a) Der eigentliche Werkvertrag.

„Opera locato conducto: his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* vocant, non *ἔργον*, id est ex opero facto corpus aliquod perfectum", so hat Labeo, wie uns Paulus aus l. 5 § 1 D. 50, 16 berichtet, den Gegenstand des Werkvertrags präzisiert. Es handelt sich also um die Herstellung eines opus, d. h. eines „vollendeten Ganzen",[1]) eines „ökonomischen Effekts"[2]) gegen eine entsprechende Vergütung.

---

[1]) Kentenich a. a. O. S. 9.

[2]) Dernburg, Pand. a. a. O. § 113 Anm. 3.

Ein solcher Effekt kann nun sowohl materieller als auch immaterieller Natur sein, z. B. zu einem Verbrauchsgegenstand verarbeitetes Rohmaterial oder eine künstlerische oder wissenschaftliche geldwerte Leistung. Auf einen durch Arbeitsleistung zu erreichenden Erfolg also ist der Vertrag gerichtet, nicht auf die Arbeitsleistung als solche.[1])

Obwohl nun dieser Vertrag im römischen Recht im System den Mietverträgen angeschlossen ist und hier zwischen einer locatio conductio rei, locatio conductio operarum und locatio conductio operis unterschieden wird, können wir nicht, wie dies bislang von vielen und besonders von Dankwardt[2]) und Windscheid[3]) vertreten wird, die loc. cond. operis, die zwar auch eine Arbeitsleistung bedingt, als eine Unterart der loc. cond. operarum auffassen.

Riezler[4]) weist an der Hand der historischen Entstehung der loc. cond. operis nach, daß sie auf dem Gebiete des öffentlichen Bauwesens entstanden, vom öffentlichen Recht in das Privatrecht gedrungen und so „ein historisch jüngeres aber durchaus selbständig entstandenes Rechtsinstitut sei". Der Unternehmer, der für die vertragsmäßige Ausführung eines solchen Werks zu haften hat, genießt eine bei weitem selbständigere Stellung, als der strikt an die Instruktionen des Herrn gebundene und seiner Aufsicht unterworfene locator

---

[1]) Deshalb ist auch die Entreprise einbegriffen. Riezler a. a. O. S. 33; Dernburg a. a. O. § 113 Anm. 14 gegen Dankwardt.

[2]) Dankwardt a. a. O. S. 303 bezeichnet die loc. cond. operis als eine durch Nebenvertrag modifizierte locatio cond. operarum.

[3]) Windscheid, Pand. a. a. O. § 399 S. 719: „ein besonderer Fall der Dienstmiete . . ." Ebenso Wächter Bd. 2 S. 479 (Beil. zu den Pand.).

[4]) Riezler a. a. O. S. 7.

operarum. Den sich schon hieraus ergebenden wesentlichen Unterschied zwischen beiden Verträgen, daß es sich in dem ersten Fall nur um den Enderfolg der Arbeitsleistung, in dem zweiten Fall um letztere selber handelt, hebt Dernburg[1]) folgendermaßen hervor. Er sagt, „die Leistung von Arbeit zur Erzielung des *ἀποτέλεσμα*, des gewollten Effekts, sei selbstverständlich, wie dies auch Paulus l. 22 § 2 D. 19, 2 betone: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem". Der Unterschied zwischen der loc. cond. operarum und loc. cond. operis ist also dahin zu fassen, daß bei ersterer die Leistung bestimmter Arbeit Vertragszweck, bei letzterer die Leistung von Arbeit nur notwendiges Mittel zur Erreichung des Vertragszweckes ist.

Ein weiteres Moment, das für die Selbständigkeit der loc cond. operis spricht, kann man wohl auch darin erblicken, daß hinsichtlich der „Terminologie eine Umkehrung stattfindet".[2]) Der Geldvergütung leistende Besteller der Arbeit ist hier der locator, der Entgelt empfangende, arbeitende Teil der conductor. Riezler erklärt das daraus, daß locare gleichbedeutend sei mit „unterbringen einer Sache an einem fremden Ort oder in fremdem Gewahrsam"; die Veränderung des Besitzes, nämlich des zur Verarbeitung gelieferten Materials, „sei also für die Terminologie locare-conducere maßgebend gewesen". Wir glauben, daß so die auf den ersten Blick befremdlich scheinende Umkehrung als eine „nur scheinbare" ungezwungen erklärt ist.

---

[1]) Dernburg, Pand. a. a. O. § 113 Anm. 3.

[2]) Riezler a. a. O. S. 8; a. A. Sintenis a. a. O. S. 644 Anm. 1 und Glück a. a. O. S. 268, er beruft sich auf in den Quellen vorkommende häufige Verwechslung von locare und conducere (?).

Gleichzeitig ist aus dieser Terminologie ersichtlich, daß der Regelfall bei der locatio cond. operis der ist, daß der Besteller den Stoff oder doch den „Hauptgegenstand“ [1]) liefert („locat“), an dem oder mit dem der Unternehmer den gewünschten Effekt bewirken soll.

b) Die locatio conductio irregularis.

Hat jedoch der Unternehmer die Möglichkeit, statt der gegebenen vertretbaren Materialien andere zu verwenden, so haben wir es mit einer locatio cond. irregularis zu tun, die dem Werkvertrag entsprechend zu regeln ist. [2])

c) Der Werklieferungsvertrag.

Liefert dagegen der Unternehmer selbst den Hauptgegenstand, so liegt ein Kauf, und zwar einer res futura vor. Dies ist wenigstens im wesentlichen die in den Quellen [3]) und im gemeinen Recht herrschende Meinung. [4]) Das bürgerliche Recht hat dem Streit hierüber, wie wir später sehen werden, ein entschiedenes Ende bereitet.

Kapitel 2.

Der Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch.

a) Der eigentliche Werkvertrag.

In § 631 bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch den

---

[1]) Dernburg, Pand. a. a. O. § 113.

[2]) Über die unentschiedene gemeinrechtliche Streitfrage s. unten S. 8ff.

[3]) Gai instit. lib. III § 147, sowie § 4 J. III 24; l. 65 D. 18, 1; l. 2 § 1 D. 19. 2 und l. 20 D. 18, 1.

[4]) Emerich a. a. O. S. 14; Baron a. a. O. § 297 Anm. 9; Dernburg (Pand.) a. a. O. § 113 Anm. 9; Mommsen I S. 365; Riezler a. a. O. S. 56; Oertmann II S. 666; Windscheid, Pand. § 401, 3.

Werkvertrag als den Vertrag, durch den „der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“ werde. „Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.“ Der zweite Absatz ergibt also auch für das BGB., daß es ihm auf den Erfolg der zu leistenden Arbeit, nicht auf die Arbeit als solche beim Werkvertrag ankommt. Dies bringen auch die Motive[1]) zum Ausdruck mit den Worten: „. . . Gegenstand der Verpflichtung“ (beim Dienstvertrag!) „sind die Dienste für sich betrachtet oder die Arbeit als solche. Dadurch unterscheidet sich der Dienstvertrag vom Werkvertrag, welcher letzterer ein Werk (im engeren oder weiteren Sinn) oder das Erzeugnis der Dienste oder der Arbeit zum Gegenstande hat.“ Nach Meisner[2]) ist die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht erschöpfend genug, auch der Dienstpflichtige habe häufig einen bestimmten Arbeitserfolg herbeizuführen. — Von welcher praktischen Bedeutung eine scharfe Scheidung von Werk- und Dienstvertrag ist, geht schon daraus hervor, daß der Dienstverpflichtete nur für sorgfältige Arbeitsausführung haftet und verhältnismäßige Vergütung bei zufälliger Unmöglichkeit der Vertragserfüllung bekommt, während er beim Werkvertrag, wie wir des näheren noch sehen werden, in diesem Fall seinen Lohnanspruch verliert, da er ja ein fertiges Werk zu liefern hat. —

Zu entgegnen ist Meisner, daß wohl bei jeder Dienstleistung ein bestimmter Erfolg herbeizuführen ist, eine Ver-

---

[1]) Mot. S. 455.

[2]) Meisner a. a. O. S. 188.

änderung der Außenwelt wird immer vom Dienstleistenden hervorgebracht werden müssen. Es ist jedoch zu prüfen, ob der allein selbständig produzierte, im wesentlichen unteilbare Erfolg einzig Gegenstand des Vertrags und Erfüllung sein sollte, oder die der Aufsicht und den Instruktionen des Dienstherrn unterworfene, teilweise zu vergütende und teilweise interessewerte Arbeit des Dienstpflichtigen als solche.

Ob nun, wie Kentenich[1]) verlangt, die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuchs besser daran getan hätten, an Stelle des Ausdrucks „Erfolg“ in § 631 II den „vollendetes Ganze“ zu setzen, mag dem Geschmacke des einzelnen überlassen bleiben. Jedenfalls haben sie den Sinn des *ἀποτέλεσμα* Labeos treffen wollen und drücken dies durch die Gegenüberstellung, „der Werkvertrag habe im Gegensatz zum Dienstvertrag ein Werk oder das Erzeugnis der Dienste oder Arbeit zum Gegenstand“, wohl deutlich genug aus.

Es ergibt sich also, daß wie im römischen Recht so auch im Bürgerlichen Gesetzbuch die Verpflichtung des Unternehmers darauf geht, „ein fertiges Ganze“ zu liefern, und zwar regelmäßig aus Stoff des Bestellers. Liefert der Unternehmer „nur Zutaten oder sonstige Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften des Werkvertrages Anwendung“,[2]) ebenso wie dies im gemeinen Recht der Fall war.

b) Der irreguläre Werkvertrag.

Nun ist es natürlich wie im römischen Recht auch denkbar, daß dem Unternehmer Stoff geliefert wird, den er nach Belieben verwenden oder nicht verwenden kann. Es ist die bereits gestreifte

---

[1]) Kentenich a. a. O. S. 7.

[2]) BGB. § 651 Abs. 2.

Streitfrage,[1]) ob hier ein Werkvertrag oder eine Mischung von Werkvertrag und Tauschvertrag[2]) vorliege, sowie ob der Unternehmer Eigentümer des Stoffes werde und als solcher seinen unverschuldeten Untergang tragen müsse, so daß ein „reiner Werklieferungsvertrag“ [3]) vorliege, oder ob in den Eigentumsverhältnissen und dem Einstehen für den Untergang des Stoffs erst eine Änderung eintreten solle, wenn der Unternehmer über den Stoff anderweitig verfüge, im gemeinen Recht unentschieden geblieben und vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht geregelt. Die Motive begründen dies damit, „daß nur nach den Umständen des gegebenen Falls sich beurteilen lasse, welche Bedeutung der Vereinbarung zukomme“. Da wohl, wie Riezler[4]) richtig bemerkt, „selten eine solche Vereinbarung getroffen wird“, so ist der Vertrag wie folgt auszulegen. Das Eigentum am gelieferten Stoffe geht erst über, wenn der Unternehmer zur Ausführung einen anderen Stoff verwendet, oder besser nach Crome[5]) über den gegebenen Stoff anderweitig verfügt.[6]) Verfügt er nicht, so geht erst mit Abnahme oder Vollendung des Werks Eigentum über. Ob der Unternehmer den gelieferten Stoff zum Werk verwenden will oder nicht, steht in seinem Belieben. In letzterem Fall finden nach Crome, dessen Ansicht wir uns

---

[1]) s. oben S. 6.

[2]) Mot. Bd. 2 S. 477.

[3]) Crome II § 271.

[4]) Riezler a. a. O. S. 71.

[5]) Crome II § 271.

[6]) Denn warum sollte der Besteller, wenn der Unternehmer den gegebenen Stoff unberührt liegen läßt und anderen verwendet, sein Eigentum verlieren. Dies würde dann erst bei Abnahme des Werks und Gefahrübergang übergehen. Näheres s. Crome das. Anm. 10—12.

wegen ihrer praktischen Bedeutung glauben anschließen zu müssen, die Vorschriften des Werkvertrags Anwendung, wenn nicht, was Crome ausdrücklich hervorhebt, „erkennbar ist“, daß das Werk aus anderem als dem vom Besteller gelieferten Stoff hergestellt ist. Ist dies jedoch erkennbar, so ist anzunehmen, daß, wenn die herzustellende Sache eine vertretbare ist, die Vorschriften des Kaufs Anwendung finden, und falls sie unvertretbar ist, die des Werklieferungsvertrages.[1])

c) Der Werklieferungsvertrag.

Wie wir hier haben vorweg nehmen müssen, entscheidet das Bürgerliche Gesetzbuch die gemeinrechtliche, oben erwähnte[2]) Streitfrage, indem es sich im wesentlichen der herrschenden Meinung[3]) anschließt und im großen und ganzen die Kaufgrundsätze zur Anwendung bringt für den Fall, daß der Unternehmer den Stoff für das Werk selbst liefert. Es scheidet[4]) zwischen Herstellung einer vertretbaren und einer unvertretbaren Sache und bringt für die Herstellung einer vertretbaren Sache, d. h. einer solchen, „die im Verkehr nach Maß, Zahl oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt,“[5]) uneingeschränkt die Regeln des Kaufs zur Anwendung. Denn bei der Bestellung vertretbarer Sachen („Dutzendwaren“)[6]) kommt das Moment des durch Arbeit herbeizuführenden Erfolges kaum in Betracht. Es ist in der Tat z. B. wohl ein und

[1]) Crome erwähnt dies nicht.

[2]) s. oben S. 6.

[3]) S. 6 Anm. 4.

[4]) Die ausführliche Begründung des Gesichtspunktes, aus dem diese Teilung erfolgt, siehe Kommiss.-Prot. S. 2259.

[5]) BGB. § 91.

[6]) Crome a. a. O. II § 270.

dasselbe, ob ich mir in einem Geschäft ein Dutzend Kragen fertig kaufe, oder, da das gewünschte Format ausverkauft ist, das Verlangte hergestellt bekomme. Natürlich sind die Regeln über den Kaufvertrag nur dieser Erscheinungsform des Kaufs entsprechend für anwendbar erklärt.[1])

Soll nun eine nicht vertretbare, individuell bestimmte Sache hergestellt werden — z. B. ich bestelle mir bei einem Schneider einen genau nach Maß anzufertigenden Anzug von bestimmtem Tuche in besonderer Schnittform; dies ist nach manchen der eigentliche Fall des Werklieferungsvertrages —,[2]) so tritt naturgemäß das Arbeitsverhältnis mehr in den Vordergrund, es müssen also auch die Grundsätze über den Werkvertrag zur Anwendung kommen. Der Vertrag ist „auf der einen Seite dem Kauf verwandt, da die Verpflichtung des Unternehmers darauf ausgeht, dem Besteller die vertragsmäßig hergestellte Sache zu übergeben und ihm das Eigentum an derselben zu verschaffen, auf der anderen Seite dem Werkvertrag, da die Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung der Sache mittelbar auch die Verpflichtung in sich schließt, die Sache für den Besteller herzustellen".[3]) Auszuscheiden sind natürlich von den für den Werkvertrag aufgestellten Regeln die, welche dem Unternehmer ein Pfand-

---

[1]) So wird man wohl mit Riezler a. a. O. S. 65 statt § 463 § 480 Abs. 2 für anwendbar erklären müssen; siehe auch Planck a. a. O. zu § 651 unter 3b.

[2]) Landsberg a. a. O. Bd. 1 S. 469 oben; desgl. Emerich a. a. O. S. 33; Riezler a. a. O. S. 68. Landsberg spricht bei vertretbaren Sachen von „Kauf", Emerich von „Lieferungsvertrag"; Oertmann II zu § 651, 3 nimmt bei unvertretbaren Sachen Werklieferungsvertrag, bei vertretbaren Sachen mit Emerich „Lieferungsvertrag" an.

[3]) Denkschrift S. 85 oben.

recht an der Sache (§ 647) oder an dem Baugrundstück eine Hypothek (§ 648) für seine Forderungen aus dem Vertrage gewähren. Die Regeln des Kaufvertrages kommen bei diesem „gemischten Geschäfte“[1]) zur Anwendung, soweit sie nicht durch § 651 ausgeschlossen sind, und ihre Anwendung sich von selbst verbietet.

Wie wir gesehen haben, ändert es an der Natur des Werkvertrages nichts, wenn der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zutaten und sonstigen Nebensachen verpflichtet;[2]) desgleichen müssen wir für den Werklieferungsvertrag in beiden Formen annehmen, daß an der Kaufnatur des Vertrags nichts geändert wird, wenn der Besteller unwesentliche Stücke liefert. Nun ist es jedoch möglich, daß von beiden Seiten gleichartiges Material geliefert wird. Das Gesetz schweigt über diesen Fall. Planck[3]) entscheidet sich für einen Werkvertrag, Riezler[4]) wegen der Frage des Eigentumsübergangs für Kauf, desgleichen Emerich,[5]) falls keine Spezifikation vorliegt. Sollten nicht besondere Momente im Einzelfall für Kauf sprechen, so wird man wohl Planck folgen müssen, da in der Praxis in einem solchen Fall meistenteils eine derartig individuell bestimmte Arbeit seitens des Bestellers in Auftrag gegeben wird, daß die Regeln des Werkvertrags dem Geschäfte gerechter werden dürften.

---

[1]) Riezler a. a. O. S. 67.

[2]) BGB. § 651 Abs. 2.

[3]) Planck a. a. O. S. 390, 2b.

[4]) Riezler a. a. O. S. 64f.

[5]) Emerich a. a. O. S. 11f.

Zweiter Abschnitt.

Die Gefahrtragung.

Kapitel 3.

Gefahr und Zufall im Rechtssinn.

a) Die Gefahr.

Das vereinbarte Vertragsziel, das in der Herstellung eines Werks bestand, kann nun möglicherweise von den Parteien nicht erreicht werden. Es ist klar, daß das zu liefernde Werk wie alles Irdische in der fortwährenden Gefahr schwebt, infolge irgend eines Umstandes vernichtet zu werden. Dieses „Risiko“[1]) der möglichen Vernichtung, die empfindlichen Folgen eines solchen Umstands bezeichnet der Jurist als „Gefahr“ und das Einstehenmüssen für diese Folgen, das Tragen des „zu befürchtenden Nachteils“ als „Gefahrtragung“.

Wer einen entstandenen Schaden tragen muß, wird sich in erster Linie danach richten, worauf der schädigende Umstand beruht. Er kann in einem Verschulden seine Ursache haben. Es entspricht der Gerechtigkeit, daß für ein Verschulden der Schuldige aufzukommen hat. Im römischen Recht, von dessen „periculum“ wir den Gefahrbegriff übernommen haben, wird für den Werkvertrag so entschieden, da bei bonae fidei-Kontrakten, zu denen der Werkvertrag gehört, jeder für omnis culpa einsteht. Das gleiche gilt für das Bürgerliche Gesetzbuch, welches allgemein[2]) jeden Kontra-

---

[1]) Mommsen I S. 238: periculum = ein zu befürchtender Nachteil = Risiko.

[2]) BGB. § 276.

henten den verschuldeten Schaden tragen läßt, so daß in § 644 und § 645 nur von dem unverschuldet entstandenen Schaden die Rede sein kann. Ja die Unternehmer haften sogar für Verschulden ihrer Gehilfen, wenn sie sich solcher bei Ausführung des Werks bedienen, wie für eigenes Verschulden.[1]) Wir können also für beide Rechte die Frage, wer das periculum culpae zu tragen hat, ganz ausschalten und haben unter periculum und Gefahr immer nur die Möglichkeit eines unverschuldet eintretenden Schadens zu verstehen.[2])

b) Der niedere Zufall.

Wann aber tritt ein Schaden ohne ein Verschulden ein? Im Falle daß, trotzdem die Beteiligten das von ihnen erforderte Maß an Sorgfalt aufgewendet haben — die eines diligens pater familias oder die im Verkehr erforderliche —, das Ereignis durch „Zufall" eingetreten ist. Durch Gesetz oder Parteiabrede kann natürlich im einzelnen Falle eine verschärfte oder verminderte Haftung verlangt werden.[3])

---

[1]) Oertmann I S. 33; anderer Ansicht Windscheid, Pand. a. a. O. § 401 Anm. 5; vgl. auch Anm. 9; § 7 l. 25 D. 19, 2: „Gaius liber X ad edictum provinciale: qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset." Manche, so Windscheid, verlangen vom Werkführer, falls Benutzung von Gehilfen gestattet, nur culpa in eligendo (BGB. § 278; s. auch HGB. § 458).

[2]) Das BGB. spricht von Gefahr immer nur mit Bezug auf den „zufälligen" Schaden (§§ 446, 558, 644, 811, 2380).

[3]) BGB. § 690: Bei unentgeltlicher Verwahrung haftet der Verwahrer nur für culpa in concreto. § 521: Der Schenker haftet nur für

Sobald also diese durch das geforderte Höchstmaß von Sorgfalt gezogene Grenze überschritten ist, pflegen wir von zufälligem Geschehen zu sprechen. Über den Begriff dieses Zufalls oder casus im Rechtssinn natürlich sind die Ansichten geteilt. Wir nannten vorhin „zufällig" jedes unverschuldet eingetretene Ereignis. Es ist dies die herrschende Meinung,[1]) die dem verschuldeten Schaden den unverschuldeten gegenüberstellt und von zufälliger Unmöglichkeit als unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung spricht. Dieser neueren, die subjektive Beziehung des Ereignisses zum Schuldner betonenden Theorie steht die ältere gemeinrechtliche objektive gegenüber, die nicht nach dem relativen schuldhaften Wollen und Wissen des einzelnen Schuldners, sondern objektiv nach nicht voraussehbaren und nicht zu vermeidenden Tatsachen den Zufallsbegriff bestimmt.[2]) Baron[3]) will unter zufälligen Ereignissen nur solche verstanden wissen, die unabhängig vom menschlichen Willen, sei es des Schuldners oder eines Dritten, eintreten. Zu denken ist also an Naturereignisse, von Tieren angerichteten Schaden usw.

Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. § 678: Bei Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn Haftung des Geschäftsführers auch ohne Verschulden. — Durch Parteiabrede: Im Fall des Versicherungs- oder Garantievertrags.

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 171: „Zufall ist nicht nur ein überhaupt von menschlichem Willen unabhängiges Ereignis oder die schuldlose Tat eines Dritten, sondern auch das schuldhafte Verhalten eines Dritten, ja auch das eigene Verhalten, sofern es nur ein schuldloses war." Mot. S. 45: „Der Zufall beginnt da, wo die Haftung des Schuldners aufhört." (Er haftet aber nur bis zur Fahrlässigkeit.)

[2]) Näheres über die Widerlegung dieser Theorie siehe Kisch a. a. O. S. 37.

[3]) Baron a. a. O. § 238.

Diese Ansicht verkennt ganz die Möglichkeit eines „schuldlosen aber doch gewollten Eingreifens Dritter, z. B. eines Unzurechnungsfähigen.[1]) Es kann sich richtiger Ansicht nach bei der Bestimmung, ob ein Ereignis zufällig ist, immer nur darum handeln, ob der betreffende Schuldner das betreffende Ereignis zu vertreten hat. Da dies im einzelnen Falle verschieden sein[2]) kann, ist eine objektive Normierung im Sinne von voraussehbaren oder nicht voraussehbaren Tatsachen höchst zwecklos. Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt darum keine Definition des Zufalls, sondern spricht nur von einem Umstand, der nicht zu vertreten ist;[3]) zu vertreten ist aber Vorsatz und Fahrlässigkeit.[4]) Alles was darüber hinausgeht, ist somit Zufall.

c) Die höhere Gewalt.

Eine weitere seit der Glosse bestehende Streitfrage herrscht über eine Unterart des Zufalls im weiteren Sinn, nämlich über den Begriff der höheren Gewalt. In den Quellen finden wir keine Definition, jedoch die Ausdrücke vis maior *θεοῦ βία*, damnum fatale usw. in direktem Gegensatz[5]) zum

---

[1]) Zitelmann a. a. O. S. 171.

[2]) s. oben S. 14 Anm. 3.

[3]) § 275 BGB.

[4]) § 276 BGB.

[5]) So in l. 3 § 1 D. 4, 9: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur ad hoc edicto „omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingitur“ inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum etsi in stabulo aut in caupona vis maior contigerit. Hier wird ausdrücklich im Gegensatz zur Haftung für Verschulden eine unbedingte („omnimodo“) Haftung, auch abgesehen von Schuld, fest-

niederen Zufall, dem „casus“; so sollen z. B. die Schiffer und Gastwirte, die für einen casus einzustehen haben, bei vis maior frei werden. Auch dieser Unterschied wird bestritten und behauptet, daß die Römer einen solchen zwischen casus und vis maior nicht gekannt hätten.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Zweiteilung des casus aufgenommen und spricht verschiedentlich[2]) von höherer Gewalt. Doch überläßt es die Definition gleichfalls der Wissenschaft. Hier haben sich zwei schon der Glosse bekannte Theorien ausgebildet. Die subjektive Theorie, deren Hauptvertreter Goldschmidt ist,[3]) legt auf die subjektive Beziehung zwischen dem schädigenden Ereignis und der betr. Person das Hauptgewicht und spricht von höherer Gewalt bei Ereignissen, „welche ungeachtet aller irgend möglichen und durch die Umstände gebotenen Vorsicht weder abzuwenden, noch in ihren schädlichen Folgen vermeidbar waren“.[4]) Zitelmann[5]) wendet hiergegen richtig ein, daß es sich dann um eine Haftung für „culpa levissima“ handle.[6])

gesetzt, der gegenüber das damnum fatale, später mit vis maior bezeichnet, befreiend wirkt.

[1]) So Meumann a. a. O. S. 108 und 118 f., wo er sich gegen die angeführte l. 3 wendet.

[2]) Z. B. § 203, § 1996; Zitelmann nimmt hier bei unverschuldetem, nicht rechtswidrigem Unterlasssen, also auch zufälligem Unterlassen eine der höheren Gewalt verwandte Gruppe von „ganz außergewöhnlichen Ereignissen“ je nach dem Gesetzesfall an (§ 701).

[3]) Im wesentlichen derselben Ansicht Cuiacius a. a. O. tom. V pag. 425 C; Dernburg, Pand. a. a. O. Bd. 1 § 1 Anm. 4, Bd. 2 § 39; Windscheid, Pand. a. a. O. § 384 Anm. 6.

[4]) Goldschmidt a. a. O. § 115.

[5]) Zitelmann a. a. O. S. 172.

[6]) Crome a. a. O. II § 110 S. 493, der diese „verstärkt individuelle Sorgfalt“ durchaus ablehnt, vertritt eine Mittelanschauung zwischen

Die von Exner und anderen vertretene objektive Theorie[1]) sucht ein objektives Merkmal in den Ereignissen selbst zur Bestimmung der vis maior zu finden. Als solches bestimmt Exner „ein Ereignis, welches

1. außerhalb des Betriebskreises der betreffenden Verkehrsunternehmung entsprungen, durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis einen Schaden an Leib oder Gut verursacht hat, und welches

2. vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt".

Mit dem ersten Teil dieser Definition stimmt Landsberg[2]) überein. Nach ihm liegt höhere Gewalt vor, „wenn ein Unfall verursacht ist durch Umstände, die von außerhalb des Betriebes, für den gehaftet wird, herstammen, und wenn dieser Unfall durch wirtschaftlich für diesen Betrieb erträgliche Aufwenduugen und Vorbeugungsmaßregeln nicht vermieden werden konnte. Treffen nicht diese beiden Bedingungen zusammen, so ist höhere Gewalt zu leugnen. Man spricht dann wohl von niederem Zufall." Der zweite Teil dieser Definition kommt ja im wesentlichen auf dasselbe wie Exner hinaus, aber betont doch klarer das praktische Moment für die Bestimmung dessen, was im einzelnen konkreten Fall als außerordentlicher Zufall zu gelten hat.[3])

---

subjektiver und objektiver Theorie und verlangt im wesentlichen eine „äußerlich erkennbare Unwiderstehlichkeit" des Ereignisses, das aber im Geschäftsbetrieb der Parteien entstanden sein kann.

[1]) Exner a. a. O. S. 86; Donellus XVI, 6 § 12.

[2]) Landsberg a. a. O. § 76 S. 260.

[3]) Bei der Bedeutung dieser Streitfrage über das Wesen der vis maior für unser heutiges Verkehrsleben (§ 456 HGB.) erscheint, da der

Kapitel 4.

Periculum rei und periculum obligationis.

a) periculum rei.

Auf die durch vis maior und casus im engeren Sinne entstandene Unmöglichkeit beschränkt sich also für uns die Frage nach der Gefahrtragung. Wenn ein solcher Zufall nun eine Sache trifft, die nicht Gegenstand obligatorischer Beziehungen ist, so ist derjenige, der diesen Schaden zu tragen hat, leicht gefunden. Schon die Römer stellten hierfür den Satz: casum sentit dominus, auf; der Eigentümer hat den Schaden zu tragen. Es bedarf dies weiter keiner Erörterung.

Steht jedoch die Sache in irgend einer obligatorischen Beziehung, ist sie Gegenstand einer Leistungspflicht, und geht sie durch einen Zufall ganz oder teilweise unter, so haben wir zwischen diesem periculum rei, auch „sachenrechtlicher

---

Transportvertrag eine Erscheinungsform des Werkvertrags ist (s. S. 50ff.), eine Erläuterung an einem Beispiel angebracht. Denken wir uns eine Bahn durch ein Hochgebirge, geschützt gegen die Witterung und die jährlich an gewohnter Stelle niedergehenden Lawinen und Sturzwässer durch Überdachungen, Verbauungen usw. Im Frühjahr vernichtet eine außergewöhnliche, an ungewohnter Stelle niedergehende Lawine einen Zug. Liegt vis maior vor (und ist die Bahn nicht schadensersatzpflichtig) oder nicht? Nach der subjektiven Theorie hätte die Bahn mit derartigen Zufällen im Gebirge rechnen müssen, sie hätte sich sagen müssen, auch hier ist ein Unfall zwar höchst unwahrscheinlich, aber nicht undenkbar, und hätte ihn durch Tunnels usw. vermeidbar machen können (Haftung für „culpa levissima"!). Nach der objektiven Theorie haftet die Bahn nicht, da sie für die „im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle die ausgiebigsten Sicherungen getroffen hat, und ein Schutz vor jeder Eventualität im Gebirge eine für ihren Betrieb jedenfalls „nicht erträgliche wirtschaftliche Aufwendung" sein würde.

Schaden“ genannt,[1]) und einem periculum obligationis zu unterscheiden. Das erstere trägt, wie gesagt, der Stoffeigentümer, wenn nicht durch Vertrag oder gesetzliche Bestimmung[2]) ausnahmsweise die Gefahr anders verteilt wird.

b) periculum obligationis bei einseitigen Verträgen.

Bei letzteren handelt es sich darum, ob der Schuldner, dem seine Leistung kasuell unmöglich geworden ist, von seiner Leistungspflicht befreit wird, oder der Gläubiger gleichwohl Leistung resp. Schadensersatz verlangen kann. In gleicher Weise entscheidet das römische Recht[3]) nach dem Grundsatze „periculum est creditoris“ und das Bürgerl. Gesetzbuch,[4]) daß der Schuldner frei wird, soweit die Leistung zufällig[5]) unmöglich geworden ist. Daß der faktischen Unmöglichkeit, eine Leistung zu bewirken, der Fall gleichzustellen ist, wenn dem Schuldner die Leistung zwar noch möglich aber unverhältnismäßig erschwert ist, so daß sie „ein solches Übermaß von Opfern erfordert, daß sie ihm billigerweise nicht zugemutet werden darf“,[6]) entspricht dem im § 242 BGB. aufgestellten Prinzip der Billigkeit. Der Gläubiger geht also bei einem einfachen Schuldverhältnis leer aus, er trägt den Schaden, d. h. die Gefahr (es sei denn, daß eine genus- oder Alternativschuld vorlag).

---

[1]) Puntschart a. a. O. S. 456.

[2]) Z. B. beim Kauf im röm. Recht. Die Gefahr geht bereits mit Perfektion auf den Käufer über, Eigentum erst mit Übergabe. (Doch erklärt sich dies daraus, daß der Kauf ursprünglich nur Barkauf, Zug um Zug war.)

[3]) Windscheid (Pand.) a. a. O. § 264, 2.

[4]) BGB. § 275.

[5]) s. oben S. 14 f.

[6]) Titze a. a. O. S. 2.

c) periculum obligationis bei zweiseitigen Verträgen.

Schwieriger wird sich die Frage nach der Gefahrtragung bei einem gegenseitigen Schuldverhältnis, wo der Leistung eine Gegenleistung, dem Forderungsrecht eine Gegenforderung entspricht, wo jeder sowohl Schuldner als Gläubiger ist, gestalten. Trägt hier der Leistende die Gefahr, d. h. verliert er bei kasueller, nachträglicher Unmöglichkeit seiner Leistung den Anspruch auf die Gegenleistung und wird er seiner Verpflichtung zur Leistung ledig, oder bleibt er ohne Verlust der Gegenleistung verpflichtet und muß er event. Schadenersatz dem Gegner zahlen, oder trägt der Leistungsempfänger die Gefahr, d. h. kann er nur keine Entschädigung verlangen oder muß er womöglich, trotzdem er nichts erhält, seine Gegenleistung bewirken? Im allgemeinen wird man sagen, daß, wer nichts leistet, auch dafür nichts erhält. Dies wird im Prinzip sowohl für das römische Recht[1]) gelten, das kasuistisch die Fälle der Unmöglichkeit bei den einzelnen Verträgen entscheidet, als auch für das Bürgerl. Gesetzbuch, das die von beiden Parteien nicht zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit im allgemeinen regelt und bestimmt[2]) (da der Schuldner, wie wir gesehen haben, nach §§ 275, 276 frei wird), daß, wenn

„1. der eine Teil vollständig von seiner Leistungspflicht befreit wird, auch die Gegenleistung wegfällt,

2. eine teilweise Befreiung eintritt, auch die Gegenleistung nur teilweise wegfällt, die nach den Grundsätzen der Minderungsklage beim Kauf zu mindern ist,

---

[1]) Windscheid (Pand.) a. a. O. § 321, 3.

[2]) § 323 BGB.

3. der Gegenleistungspflichtige vom Leistungspflichtigen das an Stelle des geschuldeten Gegenstandes Erlangte (stellvertretendes commodum) herausverlangt, er den entsprechenden Teil seiner Gegenleistung bewirken muß,
4. die Gegenleistung bereits gemacht ist, sie, soweit sie nach vorstehendem nicht geschuldet ist, nach § 812 kondiziert werden kann.“ [1])

Demnach haben wir unter Gefahrtragung beim gegenseitigen Vertrage so viel zu verstehen, als einerseits Verlust des Anspruchs auf Gegenleistung bei kasuell unmöglich gewordener eigener Leistung, andererseits, wenn infolge gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung der Gegenseite die Gefahr auferlegt ist, Bewirkenmüssen der Gegenleistung trotz Wegfall des Äquivalents infolge von casus.

3. Abschnitt.

Die Tragung und der Übergang der Gefahr beim Werkvertrag.

Kapitel 5.

Die gemeinrechtlichen Theorien über den Träger der Gefahr.

Das von uns im vorigen Kapitel für die gegenseitigen Verträge im allgemeinen aufgestellte Prinzip der Gefahrtragung bedarf nun für die einzelnen Verträge noch spezieller Bestimmungen.

Da es sich in unserem Falle um Herstellung eines Werkes handelt, so ist es bei materiellen Werken möglich, daß der zu verarbeitende Stoff zufällig untergeht oder verschlechtert

[1]) Kaufmann a. a. O. S. 159.

wird. Den allein hierdurch entstehenden Schaden, das periculum rei, muß der Stoffeigentümer, in der Regel also der Besteller, tragen. Dies gilt sowohl für das römische Recht als für das Bürgerl. Gesetzbuch, welches dies ausdrücklich betont.[1]) Durch Vertrag kann natürlich der Unternehmer die Gefahr übernehmen.

Nicht dieselbe Übereinstimmung herrscht jedoch bezüglich der Frage nach dem Träger des periculum obligationis, mit der wir es also im wesentlichen nur noch zu tun haben. Nach den oben entwickelten Grundsätzen läßt sich diese Frage nach der Gefahrtragung beim Werkvertrag dahin zusammenfassen: verliert der conductor bei Eintritt eines zufälligen, schädigenden Ereignisses, das ihm Leistung ganz oder teilweise unmöglich macht, den Anspruch auf den bedungenen oder „ortsüblichen“[2]) Lohn, d. h. trägt er die Gefahr, oder trägt sie der Besteller, d. h. muß dieser, trotzdem er nichts oder nicht alles erhält, die Vergütung zahlen? Hiernach ergibt sich, daß über die Streitfrage, wer beim Werkvertrag die Gefahr zu tragen habe, die Ansichten im wesentlichen sich so gruppieren müssen, daß die einen die Gefahr dem Unternehmer, die anderen dem Besteller auferlegen, Dritte schließlich versuchen werden, die Gefahr zwischen beiden zu verteilen.

Zu einem besseren Verständnis der Quellen und ihrer Auslegung wollen wir kurz an der Hand dieser Einteilung[3]) versuchen, einen Überblick über die in der Literatur auf-

---

[1]) BGB. § 644 Abs. 1 Satz 3.

[2]) BGB. § 632.

[3]) Nicht übernommen ist die Dreiteilung in den Mot. Bd. 2 S. 497, da diese Einteilung sowohl die Theorie von der prinzipiellen Gefahrtragung des locators als auch die der Gefahrteilung außer acht läßt.

gestellten Meinungen hinsichtlich unserer Frage zu gewinnen. Daß in den einzelnen Gruppen die Ansichten variieren werden, braucht man wohl nicht zu betonen.

a) Gefahrtragung des Unternehmers.

So ist bei der ersten Gruppe derjenigen Schriftsteller, die den Unternehmer die Gefahr tragen lassen, zwischen denen zu scheiden, die ihn erst mit der Approbation, der Abnahme des hergestellten Werkes befreit wissen wollen, und denen, die bereits mit der Vollendung des hergestellten Werkes die Gefahr übergehen lassen.[1])

Vertreter der ersten Anschauung sind Dernburg,[2]) Dankwardt,[3]) Goldschmidt,[4]) Homann,[5]) Kentenich,[6]) Paszotta,[7]) Puchta[8]) und Puntschart[9]) sowie andere. Die Begründung dieser herrschenden Lehre ist im allgemeinen die, daß der „Entgelt" gemäß der Einheitlichkeit der übernommenen Leistung nur für das vertragsmäßig vollendete Werk gebühre. Bis zur Abnahme oder doch Herstellung eines abnahmefähigen Werkes trage der conductor die Gefahr.[10]) Ist das Werk in Teilen abzunehmen, so gilt natürlich der

---

[1]) Diese beiden Ansichten, die doch nur Unterabteilungen einer gemeinsamen Grundanschauung sind, behandeln die Mot. als selbständige Theorien.

[2]) Dernburg, Pand. a. a. O. § 113 S. 315.

[3]) Dankwardt a. a. O. S. 351.

[4]) Goldschmidt a. a. O. S. 362.

[5]) Homann a. a. O. S. 31.

[6]) Kentenich a. a. O. S. 14.

[7]) Paszotta a. a. O. S. 46.

[8]) Puchta a. a. O. §§ 366/67.

[9]) Puntschart a. a. O. S. 441f.

[10]) Goldschmidt a. a. O. S. 362.

entsprechende Grundsatz für die gewissermaßen selbständige Teilleistung; der conductor erhält also verhältnismäßige Gegenleistung. Es ist klar, daß dies Prinzip in den äußersten Konsequenzen sogar zu Ungerechtigkeiten führen kann. Zugunsten des Unternehmers ist es deshalb aus Billigkeitsrücksichten ziemlich allgemein in folgenden Punkten durchbrochen worden, die Dernburg[1]) etwa so zusammenstellt:

1. „Im Falle Untergangs oder Verschlechterung des Werks infolge des vom Besteller gelieferten fehlerhaften Materials trifft die Gefahr ihn. Er hat verhältnismäßigen Lohn zu vergüten, ebenso wenn der zufällige Schaden Folge eines in der Person des Bestellers liegenden Grundes ist oder die Sache in der Gewahrsam des Bestellers traf."

2. Dasselbe soll gelten im Fall der höheren Gewalt, ferner, wenn der Besteller im Annahmeverzug ist.

Derselben modifizierenden Ansicht sind im wesentlichen[2]) mit Ausnahme der von Dernburg aufgestellten Haftung des Bestellers für den Zufall, der das in seiner Detention befindliche Werk trifft, Puntschart, Dankwardt, Homann, Kentenich, Paszotta und Puchta.

Die Gruppe derjenigen, die mit der Vollendung des Werks bereits die Gefahr vom Unternehmer auf den Besteller übergehen lassen wollen, findet ihre Vertreter in Brinz,[3]) Burchardi,[4]) Ehrenberg,[5]) Mommsen,[6]) Schmauser[7])

---

[1]) Dernburg, Pand. a. a. O. § 113 S. 315.

[2]) Näheres s. Oertmann I S. 6.

[3]) Brinz a. a. O. Bd. 2, 768.

[4]) Burchardi a. a. O. S. 132ff.

[5]) Ehrenberg a. a. O. S. 269 u. 270.

[6]) Mommsen a. a. O. I, 370ff.

[7]) Schmauser a. a. O. S. 31.

und Schmoll.[1]) Ihre Begründung ist der Natur der Sache nach, wie bei den vorigen die, daß der Lohn für ein fertiges Ganzes versprochen ist. Nur soll bereits mit der Vollendung des Werks die Gefahr übergehen, da nach Burchardi der Unternehmer seine Verpflichtung bereits erfüllt hat, „wenn er seine Arbeiten zur Herstellung des Werks verwendet, das opus ausgeführt hat," weil bis zur Vollendung ein unbestimmtes Objekt zu leisten sei, ähnlich der Genusschuld, das sich im Augenblick der Vollendung in certa res wandle. Hiergegen ist einzuwenden, daß durch den vom Besteller gelieferten Stoff und die wohl regelmäßig erfolgenden Anweisungen in bezug auf den gewünschten Erfolg die Leistung durchaus zu einer Speziesschuld gehört, die erst erfüllt ist, wenn der Besteller das opus seinen Wünschen gemäß befunden hat. Mommsen kommt zu dem oben erwähnten Resultat ebenfalls aus einer Analogie mit dem Kauf, und zwar einer aus bestimmten Materialien zu fertigenden Sache. Auch diese Gruppe, die sich ja vielfach mit der ersten berührt — so nimmt Burchardi[2]) an, daß, wenn approbatio ausbedungen sei, auch mit dieser erst die Gefahr übergehe —, durchbricht ihr Prinzip wie die erste aus denselben Rücksichten in derselben Hinsicht mit Ausnahme der Dernburgschen Detentionshaftung. Am intensivsten vertreten ihr Prinzip noch Mommsen,[3]) der immer im Fall einer Haftung des locators diesem eine culpa „supponiert", und Burchardi[4]) sowie Puchta,[5]) die erst von der Vollendung des Werkes

---

[1]) Schmoll a. a. O. S. 35 ff.

[2]) Burchardi a. a. O. S. 130.

[3]) Mommsen a. a. O. S. 381.

[4]) Burchardi a. a. O. S. 134.

[5]) Puchta a. a. O. § 367 S. 557.

an die Gefahr für höhere Gewalt auf den Besteller übergehen lassen. In den erwähnten Ausnahmefällen also wird nach Brinz,[1]) Dernburg,[2]) Ehrenberg,[3]) Puntschart,[4]) Schmoll[5]) und anderen dem Unternehmer nur ein entsprechender Teil der ausgemachten Vergütung zuzuerkennen sein, die volle Gegenleistung[6]) würde wohl in den meisten Fällen eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers bedeuten, da er seine frei werdenden Arbeitskräfte anderweitig verwenden kann.

b) Gefahrtragung des Bestellers.

Dem Unternehmer noch günstiger als diese gemäßigte Theorie von seiner Gefahrtragung ist natürlich diejenige, die dem Besteller die Gefahr aufbürdet. Die Zahl der Vertreter dieser unbedingten Anschauung, die den Besteller trotz des die Ausführung des Werks unmöglich machenden Zufalls den vollen Lohn zahlen lassen, ist nur klein. Hierher zu rechnen sind Keller[7]) und Hartmann.[8]) Letzterer hebt sogar hervor, daß bereits nach dem Kontraktschlusse schon vor Beginn der Arbeit der Unternehmer Anspruch auf Lohn habe, wenn er hinsichtlich der gemachten Bestellung Aufwendungen gemacht oder sonstige Aufträge abgewiesen habe.

---

[1]) Brinz a. a. O. § 333.

[2]) Dernburg, Pand. a. a. O. § 113.

[3]) Ehrenberg a. a. O. S. 271.

[4]) Puntschart a. a. O. S. 452.

[5]) Schmoll a. a. O. S. 56.

[6]) Die Ury a. a. O. S. 39 dem Unternehmer, abgesehen von ungerechtfertigter Bereicherung, zubilligen will.

[7]) Keller a. a. O. § 340 S. 645.

[8]) Hartmann a. a. O. S. 428f.

Dies für den Besteller überaus harte Prinzip wird gleichfalls wesentlich eingeschränkt. Anhänger dieser Theorie, der beschränkten Gefahrtragung des Bestellers, sind unter anderen Buchholz,[1]) Gesterding,[2]) Goeschen[3]) und Mackeldey.[4]) Zunächst wird die billige Einschränkung gemacht, daß das vernichtete Werk kein „fehlerhaftes oder vorschriftswidrig verfertigtes“ [5]) sein dürfe; die Gefahr soll nur der Besteller tragen, wenn das, was untergegangen ist, billigenswert war. Im selben Sinne soll den Unternehmer die Gefahr treffen, wenn der schädigende Zufall in einem „vitium operis“ seine Ursache findet, also bei der Errichtung des Werks irgend ein Versehen des Werkführers obgewaltet hat (ohne daß an ein Verschulden, wie wir später sehen werden, zu denken ist).

c) Die Gefahrteilung.

Wie aus dieser und aus den erwähnten Theorien ersichtlich war, läßt sich die absolute Gefahrtragung eines der Kontrahenten ohne unbillige Resultate nicht durchführen. Mehr oder minder kommen die gemäßigten Anschauungen der beiden Hauptrichtungen fast zu einer vollständigen Gefahrteilung, so z. B. Dernburg.[6]) Buchholtz [7]) wird von Oertmann

---

[1]) Buchholtz a. a. O. S. 7 u. S. 16.

[2]) Gesterding a. a. O. S. 105.

[3]) Goeschen a. a. O. §§ 514, 515.

[4]) Mackeldey a. a. O. § 591.

[5]) Gesterding a. a. O. S. 106.

[6]) s. Oertmann a. a. O. S. 7.

[7]) Obwohl er a. a. O. S. 7 sagt: „Trifft ein reiner Zufall das Werk vor oder nach der Vollendung desselben, so wird derselbe von dem Besteller des Werks getragen, und derselbe ist schuldig, dem Werkmeister für dessen bisher gehabte Mühen und Kosten vollständigen Ersatz zu gewähren.“ Oertmann stützt sich darauf, daß B hier nicht das entsprechende

schon zu der Zahl derer gerechnet, die die Gefahr quantitativ zwischen Unternehmer und Besteller teilen wollen. Unter quantitativer Gefahrteilung versteht Oertmann eine solche, die sich nach der Zubilligung des der aufgewendeten Arbeit entsprechenden Lohnes richtet, und er setzt dieser als zweite Unterabteilung der von einer Gefahrteilung schlechthin ausgehenden Grundanschauung die qualitative gegenüber, die je nach der Art des Zufalls entweder ihn dem Besteller oder dem Unternehmer auferlegt.

Zur ersten Gruppe sind zu zählen u. a. Arndts,[1]) Baron,[2]) Loewy,[3]) Unterholzner,[4]) Windscheid.[5]) Sie gewähren dem Unternehmer, vorausgesetzt, daß seine Arbeit billigenswert war, einen verhältnismäßigen Lohn, der sich nach der geleisteten Tätigkeit richtet. Loewy macht noch die Einschränkung, daß keine Approbation ausbedungen sein dürfe.

Nach der Qualität des Zufalls unterscheidet zunächst Bolze[6]) solche Zufälle, die die Person des Bestellers und den von ihm gelieferten Stoff, oder aber den Unternehmer und sein Werkzeug treffen. In ersterem Fall wird, wenn die Ausführung des Werkes unmöglich wird, der Unter-

---

Erfüllungsintersse, sondern nur negatives Interesse zubillige. B. dürfte wohl mit Mühen und Kosten eben entsprechenden (d. h. abzüglich der event. ungerechtfertigten Bereicherung) Lohn gemeint haben, da er sich doch ausdrücklich zur Gefahrtragung des Bestellers bekennt.

[1]) Arndts a. a. O. S. § 315.

[2]) Baron a. a. O. §§ 269, 297.

[3]) Loewy a. a. O. S. 99 oben.

[4]) Unterholzner a. a. O. S. 352, 353.

[5]) Windscheid, Pand. a. a. O. § 401 S. 748; Krit. Zeitschr. S. 139/40.

[6]) Bolze a. a. O. S. 92 u. 94.

nehmer frei und behält den Anspruch auf die Gegenleistung, im zweiten wird er gleichfalls frei, aber verliert diesen. Die Zuweisung der zu vertretenden Zufälle erfolgt nach Glück[1]) folgendermaßen. Es ist selbstverständlich, daß nach der Billigung der Besteller die Gefahr trägt; vor der Billigung sei zu unterscheiden, „ob die Schuld des Schadens an der Arbeit lag", in diesem Fall trifft er den Werkmeister, oder, „ob die Schuld an der Sache lag", dann trifft er den Besteller. Lag die Schuld aber an keinem von beiden, so trifft der Unfall, wenn „das Werk bereits so fertig war, daß es als untadelhaft hätte angenommen werden müssen, den Besteller, im anderen Fall den Unternehmer", den jedoch vis maior befreien soll. Es bedarf wohl kaum einer Erwähnung, daß unter Schuld hier nur der ursächliche Zusammenhang, nicht Schuld im Rechtssinn gemeint sein kann, da ein Verschulden immer zu vertreten ist, ein Fehler an der Arbeit oder im gelieferten Stoff aber ohne Verschulden gut denkbar ist.[2]) Eine Verbindung zwischen der Bolzeschen und Glückschen Anschauung ist die von Sintenis.[3]) Den Zufall, der den zu verarbeitenden Gegenstand oder die Arbeit selbst trifft, soll der Besteller, falls nichts anderes ausgemacht ist, tragen. Trifft der Zufall dagegen die Sachen und Werkzeuge des Unternehmers, seine Person oder Mittel, so verliert er jeden Ersatz- und Lohnanspruch.

Diese noch von anderen vertretene[4]) Anschauung von

---

[1]) Glück a. a. O. § 1055 S. 435 ff.

[2]) Z. B. l. 27 § 29 D. 9, 2: „Si calicem diatretum faciendum dedisti, si quidem imperitia fregit damni iniuria tenebitur: si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus.

[3]) Sintenis a. a. O. S. 673.

[4]) Näheres s. Oertmann I a. a. O. S. 12/13.

der Verteilung der zufälligen Ereignisse ihrer Qualität nach hat ihre neueste Durchbildung von Oertmann erfahren. Er bildet die von Strohal[1]) aufgestellte Lehre, die Gefahren seien in zwei Gruppen zu teilen, je nachdem sie sich in der Sphäre des Bestellers oder Unternehmers ereigneten, folgendermaßen aus.[2]) Der Werkmeister wird frei im Fall unverschuldeter Unmöglichkeit. Ob der Besteller seine Gegenleistung machen müsse, komme darauf an, „in wessen Bereich, wessen Sphäre der Zufall eingetreten sei oder doch seinen Grund gehabt habe. Habe er allein oder doch in erster Linie die Arbeit des Werkmeisters getroffen, so verliere er jeden Anspruch, habe er nur oder doch in erster Linie die Annahme unmöglich gemacht, so müsse der Besteller gleichwohl den Lohn zahlen". Diese sehr billig erscheinende Teilung der Gefahr ist, „obwohl an sich sehr schön, tatsächlich nicht durchführbar",[3]) denn es sind praktische Fälle denkbar, wo es unmöglich sein wird, mit Bestimmtheit ein zufälliges schädigendes Ereignis der einen oder anderen Sphäre zuzurechnen.

Oertmann[4]) selbst gesteht für einen solchen Zufall eine „dritte, neutrale Sphäre" zu, in die auch die Fälle der höheren Gewalt einzurechnen seien. Zweifellos hafte auch hierfür der Besteller nach Analogie seiner Haftung in den Quellen für vis maior. Diese Begründung dürfte doch wohl recht unbefriedigend sein, und so ständen wir bei dieser Lücke

---

[1]) Strohal a. a. O. S. 386; bereits von Jakubezky, Bemerkungen zum Entwurf des BGB., München 1892, S. 139 angedeutet.

[2]) Oertmann I a. a. O. S. 48.

[3]) Crome I a. a. O. S. 319 weist dies überzeugend nach.

[4]) Oertmann I a. a. O. S. 51.

in der Sphärentheorie wieder vor der alten Frage, wer trägt hier die Gefahr und warum?

Kapitel 6.

Der Gefahrübergang.

Die verschiedenartige Beantwortung der letzthin aufgeworfenen Frage nach den Hauptrichtungen hin haben wir gestreift. Gleichzeitig mit ihr war eine andere strittig, wann die Gefahr übergehe. Spätestens war dies der Fall mit approbatio; ob sie schon mit der Vollendung des Werkes übergehe, war ein Streitpunkt in der Gruppe derjenigen, die den Unternehmer die Gefahr tragen ließen. Bei den Anhängern einer Gefahrteilung muß dieselbe Frage auftauchen, wann endgültig die ganze Gefahr auf den Besteller überzugehen habe, ob mit Vollendung oder mit approbatio.

a) approbatio.

Was ist nun unter approbatio, die wir bisher schlechthin mit Abnahme übersetzten, zu verstehen?

In approbatio steckt einmal die Bedeutung Billigung, Beifall, andererseits Beweis oder durch Beweis erbrachte Bestätigung. Diese doppelte Bedeutung der approbatio beim Werkvertrag ist erklärlich, je nachdem auf seiten des locators von einer Billigung des hergestellten Werkes die Rede sein wird, oder von seiten des conductors dem locator der Beweis resp. die Bestätigung erbracht wird, daß das Werk ein billigenswertes sei. In den Quellen[1]) ist approbatio nach beiden

[1]) l. 36 D. 19, 2: „donec opus adprobetur“ von seiten des Bestellers gebraucht; l. 37 D. 19, 2: „pruisquam locatori opus adprobaretur“ von seiten des Unternehmers — „si opus tale fuit, ut probari deberet“ von

Richtungen hin gebraucht. Ob man nun mit Dankwardt[1]) annehmen will, daß approbatio „Verpflichtung des conductors zum faktischen Nachweise, daß das opus die kontraktliche Beschaffenheit habe", oder mit Dernburg[2]) nur von Billigung reden will, wird wohl nur nach Lage des einzelnen Falles zu entscheiden sein. Häufig wird die approbatio beiden Ansichten gerecht werden, da der Besteller nicht ohne Prüfung annehmen, der Unternehmer nicht ohne Nachweis der „kontraktmäßigen Beschaffenheit des Werks" abliefern wird. Jedenfalls, und das ist das Gemeinsame nach beiden Seiten hin, haben wir unter approbatio eine Erklärung zu verstehen, die zum Ausdruck bringen will, daß der Unternehmer seine Verpflichtung erfüllt habe. In der Regel wird dies, wo es möglich ist — beim Transportvertrag ist approbatio z. B. schlecht denkbar —, eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Bestellers sein. Da diese Erklärung für den conductor der Gefahrtragung wegen von Interesse ist, kann er sie vom locator verlangen.[3]) Der locator darf selbst, wenn der Werkvertrag vorbehaltlich der Approbation abgeschlossen wurde, sie nicht wider Treu und Glauben verweigern, also erst recht nicht, wenn diese Bedingung fehlt,[4]) sonst befindet er sich in Annahmeverzug,[5])

---

seiten des Bestellers; l. 62 D. 19, 2: „si rivum quem faciendum conduxeras, antequam eum probares, labes corrumpit" von seiten des Unternehmers gebraucht; s. Oertmann I S. 33; Paszotta S. 45.

[1]) Dankwardt a. a. O. S. 348.

[2]) Dernburg, Pand. a. a. O. S. 113, 314.

[3]) l. 24 pr. D. 19, 2: si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitratu domini opus adprobetur, proinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset.

[4]) Ebenso Bredt a. a. O. S. 14.

[5]) cf. l. 36 D. 19, 2: . . . nociturum locatori usw.

und die Gefahr geht auf ihn über. Ein doloses Verhalten des conductors kann natürlich entsprechend den Gefahrübergang trotz approbatio verhindern, wenn z. B. der conductor sie arglistig bewirkt hat, etwa durch Vorspiegelung unwahrer Tatsachen.[1]) Obwohl in diesem Fall die Gefahr nicht übergeht, so soll doch keineswegs hiermit gesagt werden, daß, wenn sie übergehe, der Besteller keine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandenen Mängel später mehr rügen dürfe. Mommsen[2]) sieht allerdings in der approbatio einen Verzicht auf Geltendmachung von Fehlern und Mängeln. Er nimmt für öffentliche Bauten auf Grund ausdrücklicher Bestimmung im l. 8 C. 8, 11[3]) eine Ausnahme an. Es liegt jedoch gar kein Grund vor zu einer für den Besteller so rigorosen Annahme, die einem entwickelten Verkehrsleben durchaus nicht entspricht, da so leicht kein Besteller sich solche approbatio wird abringen lassen.[4])

Wir haben also unter approbatio lediglich eine Erklärung zu erblicken, die nach Lage des einzelnen Falls von einem der beiden Kontrahenten oder von beiden übereinstimmend abgegeben wird mit der Bedeutung, der conductor habe seine vertragliche Verpflichtung erfüllt; und zwar kann sie

---

[1]) l. 24 pr. D. 19, 2: „quibus consequens est, ut irrita sit approbatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit."

[2]) Mommsen a. a. O. I S. 371.

[3]) l. 8 C. 11: Omnes quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum vel pecunia ad exstructionem solito more credita, usque ad annos quindecim ab opere perfecto cum suis heredibus teneantur obnoxii, ita ut, si quid vitii in aedificatione intra praestitutum tempus provenerit, de eorum patrimonio (exceptis tamen his casibus, qui sunt fortuiti) reformetur.

[4]) s. auch Dankwardt, der der Ansicht Mommsens ausdrücklich widerspricht, a. a. O. S. 350 u. Anm. 1.

ausbedungen oder nicht ausbedungen sein. Jedenfalls sind beide auf Verlangen sich zu einer solchen verpflichtet.[1])

b) Abnahme.

Statt approbatio findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuch entsprechend der Ausdruck Abnahme gebraucht. Es sind also, wenn auch nicht identische, so doch jedenfalls parallel angewandte Begriffe.

Im Worte Abnahme steckt zunächst der Begriff Nehmen, der einen Platzwechsel eines Gegenstands voraussetzt. Bei der Abnahme handelt es sich also in erster Linie um das reine körperliche Ansichnehmen eines Gegenstandes, sodann in übertragener Bedeutung, wo die Natur der Sache einen Platzwechsel ausschließt, um das in die eigene Machtsphäre-bringen, wobei eine mehr oder minder symbolische Handlung nicht ausgeschlossen ist (z. B. bei Abnahme eines Hauses Übergabe der Schlüssel). In diesem rein tatsächlichen Vorgang des Besitzwechsels liegt aber auch eine Anerkennung der gegnerischen Leistung als Erfüllung, die sowohl ausdrücklich zugefügt werden kann, als auch stillschweigend[2]) in ihm selber oder anderen konkludenten Handlungen liegen kann. Die herrschende und wohl auch der im Verkehr obwaltenden Ansicht entsprechende Meinung sieht also in Ab-

---

[1]) Loewy a. a. O. S. 99, 100 sieht in der Abrede der approbatio eine Garantieübernahme des Werkführers für „absolute Fehlerlosigkeit" mit vertraglicher Übernahme der Gefahr „normalerweise" bis zur approbatio. Welcher Unternehmer wird es wagen, ein Werk herzustellen, an dem bei Besichtigung absolut kein Fehler zu entdecken ist?

[2]) s. Landsberg a. a. O. S. 464 § 136, 4b und Planck a. a. O. zu § 640, 1b.

nahme sowohl die körperliche Wegnahme als auch die Annahme als Erfüllung.[1])

Daß letztere auch im Begriff Abnahme enthalten sei, wird vielfach bestritten. Cosack[2]) versteht unter Abnahme den Vorgang, den man vom Standpunkt des Unternehmers aus Ablieferung nenne. Das Moment der Billigung fällt also ganz fort. Dernburg definiert in seiner 1. Aufl. Bd. 2 § 318 Abnahme als „tatsächliche Überführung" und modifiziert dies in der 3. Aufl. dahin, daß Abnahme gleichbedeutend sei mit Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363,[3]) Titze[4]) im Sinne von „Übergabe = tradere" als das „loco movere" aus dem Gewahrsam des Unternehmers. Begründet wird diese Anschauung damit, daß trotz Ablieferung sonst der Unternehmer die Gefahr weiter zu tragen habe, bis der Besteller auf irgend eine Weise die Erfüllung anerkannt habe. Ganz außer acht wird aber hier gelassen, daß in der Abnahme als solcher die Billigung mit der bereits betonten Folge des Gefahrübergangs stillschweigend enthalten ist, wenn der Besteller sie nicht ausdrücklich verlauten läßt. Es widerspräche doch Treu und Glauben und jeder Verkehrssitte, wenn der Besteller das in Auftrag gegebene Werk in Empfang

---

[1]) Crome I S. 313; Endemann a. a. O. S. 791 Anm. 11; Enneccerus u. Lehmann S. 615; Oertmann II S. 645 f.; Matthiaß S. 528; Landsberg S. 464; Planck § 640.

[2]) a. a. O. S. 538; umgekehrt Schollmeyer a. a. O. S. 55 Anm. 3 „Abnahme vom Standpunkt des Unternehmers — Annahme vom Standpunkt des Bestellers aus".

[3]) Dernburg, D. bürgerl. Recht a. a. O. II S. 493/94 Anm. 8. Eine Billigung des Werks will er jedoch hiermit noch immer nicht anerkennen.

[4]) a. a. O. S. 300.

nehmen und später erklären würde „ich habe nicht gebilligt", er kann ja, wenn sich nachträglich Mängel herausstellen, seine diesbezüglichen Rechte[1]) geltend machen und muß sich diese, wenn ihm Mängel bei der „Abnahme" bekannt sind, nach § 640, 2 ausdrücklich vorbehalten. Aus der Fassung dieses Absatzes geht schon hervor, daß das Gesetzbuch unter Abnahme Annahme als Erfüllung verstanden wissen will.

Die Abnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches stellt sich uns also in erster Linie als ein körperliches Handeln hin, das zweitens als solches oder in beigefügter Erklärung die Annahme der geschuldeten Leistung als Erfüllung zum Ausdruck bringen will. Es liegt also der Unterschied von der approbatio darin, daß bei letzterer die Erklärung, sei es vom Besteller, sei es vom Unternehmer, das durchaus Primäre und in die Erscheinung Tretende ist, während bei der Abnahme das körperliche Handeln in den Vordergrund tritt, und eine Erklärung, und zwar nur vom Besteller erst sekundär in Frage kommt.

---

[1]) § 634 BGB.

II. Besonderer Teil.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im römischen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch.

Erster Abschnitt.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im römischen Recht.

Kapitel 7.

Die Quellen und ihre Interpretation.

Nachdem wir einen Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten einer Regelung der Gefahrtragung beim Werkvertrag gewonnen und uns mit den einschlagenden Begriffen vertraut gemacht haben, wollen wir festzustellen suchen, ob sich in den Quellen eine prinzipielle Regelung der Gefahrtragung beim Werkvertrag nach einer der möglichen Richtungen hin findet.

Am abstraktesten und allgemeinsten stellt augenscheinlich Florentinus in l. 36 D. 19, 2 ein Prinzip auf, während die übrigen Quellenstellen kasuistische Entscheidungen der Juristen bei Einzelfällen des Werkvertrags bringen. Wir wollen deshalb zunächst einen Einblick in l. 36 tun: „Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve

praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amphius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. Als Prinzip wird hier an die Spitze gestellt, daß für ein in Bausch und Bogen verdungenes Werk der Unternehmer bis zur Approbation die Gefahr trägt. Besteht das Werk aber nicht in einem einheitlichen Ganzen sondern aus verschiedenen Teilleistungen, so soll bereits mit der Zumessung der einzelnen Teilleistung die Gefahr übergehen. Es liegt hier keine Gefahrteilung[1]) vor, sondern gewissermaßen eine Reihe kleiner selbständiger Werkleistungen, die durch den Willen der Kontrahenten zu einem gemeinsamen Gesamtwerk verbunden sind (z. B. jemand läßt eine Etage tapezieren, Teilleistungen sind die Tapezierung der einzelnen Zimmer). Eine weitere durch die Billigkeit bedingte Ausnahme im Gefahrübergang macht Florentinus bezüglich des Annahmeverzugs und der höheren Gewalt, sofern diese nicht anderweitig vertraglich geregelt sei. Bezüglich letzterer wird beigefügt: „Denn nicht mehr solle der Besteller erhalten, als was er bei Aufwendung eigener Mühe und Arbeit erlangt hätte.“ Dieser Schlußsatz soll die billige Ausnahme begründen und die Bestimmung dessen, was vis maior ist, erleichtern, demnach so viel heißen, als: bei Eintritt eines solchen Ereignisses, dem auch beim locator das Werk unter allen Umständen zum Opfer gefallen wäre, trägt dieser auch die Gefahr.

---

[1]) So Oertmann I a. a. O. S. 29.

Diese ganze Stelle ist nun der Gegenstand heißer Kämpfe gewesen. Zunächst haben sich die Anhänger[1]) der Theorie von der Gefahrtragung des Bestellers auf sie gestürzt und versucht, das mit Absicht an den Anfang gestellte Prinzip: „periculum est conductoris“ zu erschüttern. Sie behaupten, es sei hier am Anfang unter periculum „periculum culpae“ zu verstehen und später erst sei bei „locatoris periculo est“ von periculum casus die Rede. Hiergegen ist einzuwenden, daß es selbstverständlich ist, daß der conductor für culpa haftet; wir können den Ausspruch solcher Weisheit dem Florentin schlecht zutrauen, ebensowenig aber einem römischen Juristen eine solche unpräzise, geradezu laxe Ausdrucksweise, in demselben Atemzuge von periculum im Sinne von periculum culpae und von periculum casus zu reden. Dann ist, wenn von periculum schechthin die Rede ist, eigentlich stets periculum casus zu verstehen.[2]) Oertmann[3]) hebt richtig hervor, daß, wenn wirklich periculum culpae vorliege, ja bei dem in pedes mensurasve verdungenen Werke der conductor der Haftung für Verschulden für die zugemessenen Teile enthoben werde. Zu erwähnen ist noch Mommsens[4]) Meinung, der, um seine Vollendungstheorie zu retten, annimmt, daß Florentin am Anfang der Stelle von einem unvollendeten, am Schlusse von einem vollendeten Werke spräche, der conductor vor der Vollendung für Zufall hafte, nachher nicht

---

[1]) Buchholtz a. a. O. S. 6; Gesterding a. a. O. S. 106 usw.

[2]) Z. B. die Rechtsparömien: „periculum est emptoris“, „periculum est locatoris“ usw. Ebenso ist im BGB. unter Gefahr immer nur periculum casus gemeint (s. S. 14 Anm. 2).

[3]) Oertmann I a. a. O. S. 31.

[4]) Mommsen a. a. O. I S. 373; ebenso Puchta § 367; dagegen Windscheid, Kritische Zeitschr. S. 139 ff.

mehr. Einen Unterschied zwischen casus und vis maior macht er nicht. Zu dieser Auslegung gibt uns aber die vorliegende Stelle nicht die geringste Berechtigung. Wir müssen ihr vielmehr das Prinzip der Gefahrtragung des conductors bis zur approbatio entnehmen.

Was nun dessen Befreiung durch vis maior angeht, so ist auch der Schlußsatz mannigfachen Deutungen ausgesetzt worden. Oertmann[1]) baut auf ihm seine Theorie von der Gefahrteilung und Sphärenhaftung auf, „alle Unfälle sollen den Besteller treffen, die sich entweder bei ihm ereignen oder sich bei ihm ereignet haben würden". Puntschart[2]) will statt locatori sonderbarerweise conductori lesen und so den ganzen Satz auf die Versagung eines Schadensersatzanspruchs des conductors herauskonstruieren. Eine derartig gewaltsame Lösung ist denn doch ohne Not zu vermeiden, wenn man den verständlich erscheinenden Sinn aus der Stelle lesen kann, daß für ein derartiges Ereignis, das sich als vis maior in dem besprochenen Sinn[3]) qualifiziert, der conductor billigerweise nicht aufzukommen hat.

Dieser Schlußsatz erfährt nun gleich eine billige Einschränkung durch die folgende l. 37: Javolenus libro octavo ex Cassio: „Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet. Wenn das Werk, bevor der conductor seine Billigung herbeigeführt hat,[4]) durch „vis aliqua" zugrunde geht, soll der Besteller nur die Gefahr

[1]) Oertmann I a. a. O. S. 32.

[2]) Puntschart a. a. O. S. 436/37.

[3]) s. oben S. 16ff.

[4]) probare hier von seiten des conductors, s. S. 32 und Anm. 1 daselbst.

tragen, wenn das Werk derartig war, daß es hätte abgenommen werden müssen, also vertragsmäßig vollendet war. Allerdings ist damit nach Oertmann[1]) „nicht gesagt, daß bei einem nicht vollendeten Werk grundsätzlich anders zu entscheiden sei". Für diese Stelle Javolens muß man aber dem zwingenden Wortlaut nach annehmen, daß er nur von einem vollendeten Werk spricht.

Was versteht nun Javolen unter vis aliqua? Zuzugeben ist, daß es ein etwas weit gefaßter Begriff ist, ohne daß man mit Oertmann von einem „durchaus vagen und untechnischen Ausdruck" zu reden braucht.[2]) Oertmann, Gerth[3]) und Homann[4]) sind der Ansicht, daß vis maior im technischen Sinn nicht hierunter gemeint sei. Nun war aber der technische Sinn von vis maior im römischen Recht noch gar kein fest umgrenzter; das beweisen die verschiedenen Bezeichnungen. Man hatte nur die Vorstellung, für die die Sprache der Juristen noch keinen feststehenden Ausdruck geprägt hatte, von einer vis, einem gewaltsamen Ereignis, dem die menschliche Schwachheit nicht zu widerstehen vermöge. Das Wort vis selber anstatt casus gebraucht, scheint schon auf einen mit Gewalt auftretenden Zufall im Sinne von vis maior zu deuten. Hinzu kommt, daß in unmittelbarem Anschluß an die vis maior der vorhergehenden lex von vis die Rede ist. Es ist doch diese Zusammenstellung zu auffällig, als daß man nicht annehmen sollte, die Kompilatoren hätten nach ihrer Auffassung der Stelle hier bei der billigen Ausnahmehaftung des locators für vis maior die ebenso billige Modifikation zur

[1]) Oertmann I a. a. O. S. 34.
[2]) Oertmann I a. a. O. S. 34.
[3]) Gerth a. a. O. S. 66.
[4]) Homann a. a. O. S. 26.

Geltung bringen wollen, daß er nur für ein fertiges, vertragsmäßig hergestelltes Werk die Gefahr des Untergangs durch „irgend einen gewaltsamen Zufall“ tragen solle, denn es ist ja nach l. 36 noch immerhin möglich, daß das untergegangene Werk ein vertragswidrig hergestelltes war. Faßt man die vis aliqua als niederen Zufall auf, so ergibt sich die Seltsamkeit, daß die Kompilatoren in l. 36 den Florentinus ausführlich die Approbationstheorie entwickeln und unmittelbar darauf in l. 37 den Javolenus die Vollendungstheorie verkünden lassen, ohne die Entscheidung eines dritten Juristen zu bringen.

Derselbe Javolen nun bringt uns in einer weiteren Stelle einen praktischen Fall und die Entscheidung des Masurius Sabinus dazu, die er sicherlich billigt: l. 59 D. h. t. Javolenus libro quinto Labeonis posteriorum. Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Masurius Sabinus si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum. Flaccus hat dem Bauunternehmer Marcius den Bau eines Hauses in Verding gegeben, und terrae motu stürzt der Bau vor seiner Vollendung ein. Wenn dies sich „vi naturali“ z. B. „terrae motu“ ereignete, soll Flaccus die Gefahr tragen. Ist unter terrae motus ein Erdbeben, also höhere Gewalt zu verstehen, so stehen wir vor dem Rätsel, daß derselbe Jurist einmal erklärt, der Besteller trage nur die Gefahr für vis maior, wenn das Werk derartig war, daß es gebilligt werden mußte, also vertragsmäßig vollendet war, ein anderes Mal, er trage schon diese Gefahr vor der Vollendung, und zwar ohne zu erwähnen, daß das bereits Hergestellte auch billigenswert sein muß. Es ist unmöglich, in die Stelle mit Mommsen[1]) und

[1]) Mommsen a. a. O. S. 378, in Bd. 3 S. 427 aufgegeben.

Burchardi[1]) eine vereinbarte, teilweise Ablieferung, nach der dann das Unglück eingetreten ist, hineinzulesen. Von einer admensio in pedes mensurasve enthält sie nichts. Wir müssen also aus dem Wortlaut einen anderen Sinn herauszulesen suchen. Betrachten wir das „terrae motu“ näher, so brauchen wir unter ihm nicht notwendig ein Erdbeben zu verstehen, ein „Erdrutsch“,[2]) ein Nachgeben des zu leichten Untergrundes ist auch denkbar. Diese Vermutung gewinnt in diesem Falle an Wahrscheinlichkeit dadurch, daß sich in l. 33 h. t. eine analoge Entscheidung des Africanus findet: „(Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes:) Quem ad modum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset nihilo minus teneberis“ . . .

Ebenso von einem Nachgeben des Bodens handelt die l. 62 h. t., in der es sich nicht um Herstellung eines Gebäudes, sondern eines Grabens auf dem Grunde des Bestellers handelt. Auch hier hat der Besteller, wie wir noch sehen werden, für eine fehlerhafte Beschaffenheit des Bodens (die durchaus unverschuldet und ungekannt sein kann), zu haften. Eine solche Bodenbeschaffenheit könnte also auch in l. 59 die Bewegung der Erde hervorgerufen haben und unter terrae motus ein Erdrutsch zu verstehen sein. Es bliebe nun noch die Erklärung der vis naturalis übrig. Mit „Naturgewalt“[3]) übersetzt spricht sie allerdings sehr für vis maior; aber sollte hier nicht auch natürliche Gewalt im Gegensatz zur *θεοῦ βία*, zur höheren Gewalt gelesen werden können? Die

[1]) Burchardi a. a. O. S. 131.

[2]) Oertmann I a. a. O. S. 35 oben; Glück a. a. O. S. 437.

[3]) Homann a. a. O. S. 27.

abergläubischen Römer, die bei vis maior, *θεοῦ βία* usw., der „höheren“ Gewalt leicht an ein Einwirken feindlicher, die größte menschliche Sorgfalt durchkreuzender Dämonen gedacht haben können, haben hier vielleicht unter vis naturalis ein zwar auch gewaltsam auftretendes, aber doch in einem der menschlichen Vernunft im allgemeinen[1]) erkennbaren, natürlichen Kausalzusammenhang stehendes Ereignis verstanden, das eben deshalb trotz vis keine vis maior ist, während „vis aliqua“ noch immer generell das unbestimmte, unwiderstehliche Ereignis der höheren Gewalt bleibt. Wenn auch zuzugeben ist, daß es sicher höchst auffällig bleibt, bei demselben Juristen zweimal denselben, nur mit verschiedenen Beiworten versehenen Ausdruck in erheblich verschiedener Weise verwandt zu sehen, so wird dies etwas dadurch gemildert, daß die vis naturalis ja eigentlich dem Munde des Sabinus, eines um 100 Jahre älteren Juristen entstammt, und vielleicht dem Javolen die gefährliche Annäherung der von ihm nicht geschaffenen sondern nur zitierten Ausdrucksweise an die eigene Redewendung deshalb entgangen ist. Ganz abgesehen von dieser gesuchten Möglichkeit liegt offenbar ein geringerer Widerspruch in dem „vi aliqua“ und dem „vi naturali“ als in der Möglichkeit, daß Javolen entweder hier an beiden Stellen von vis maior handelt und im erwähnten[2]) Widerspruch mit sich selbst zwei vollständig verschiedene Lehren vorträgt oder in beiden Fällen einen niederen Zufall meint, und dann unbegreiflicherweise die Approbations- und Vollendungstheorie sich in l. 36 und 37 und in l. 37 und 59 die Vollendungstheorie und die der unbedingten Gefahrtragung des Bestellers

[1]) naturalis also etwa in dem Sinne gebraucht wie bei „naturalis ratio“.

[2]) s. oben S. 43 unten.

gegenüberstehen, oder in l. 37 niederen Zufall, in l. 59 vis maior verstanden wissen will, und erstens jene sonderbare Gegenüberstellung eintritt, zweitens bei letzterer Annahme nach l. 59 der Besteller für vis maior schlechthin haften würde, ohne daß das teilweise Fertiggestellte billigenswert zu sein braucht, im Gegensatz zu der bei obiger Annahme für niederen Zufall in l. 37 aufgestellten Regel, daß der locator nur hafte, falls das Ganze billigenswert sei. Wenn sich auch in solchem Falle die Haftung bereits vor der Vollendung der Billigkeit halber aus dem Unterschied von niederem und höherem Zufall erklären lassen würde, so ist doch nicht einzusehen, warum Javolen bei der Haftung für niederen Zufall in l. 37 ausdrücklich betont, das Hergestellte müsse billigenswert gewesen sein, während er in l. 59 bei vis maior hierüber ganz schweigt.

Grade dieses Nichterwähnen der Billigkeit findet seine Erklärung, wie wir gleich sehen werden, wenn man annimmt, es handle sich um einen Erdrutsch und einfachen Zufall durch die Übereinstimmung mit l. 62 h. t. Labeo sagt uns hier: „si rivum quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares labes corrumpit tuum periculum est.“ Paulus fügt hinzu: „immo si soli vitio id accidit locatoris erit periculum si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum.“

Labeo stellt zunächst in Anlehnung an den praktischen Fall, daß ein Unternehmer den Bau eines Grabens übernommen und fertiggestellt hat, das uns von Florentin bekannte Prinzip auf, nach welchem der Unternehmer für diesen Graben, bevor er dessen approbatio bewirkt hat, die Gefahr eines zufälligen Unterganges durch Erdsturz[1]) tragen muß.

[1]) Über labes als den zufälligen Erdsturz s. Homann a. a. O. S. 29 und Anm. 47.

Da dieser Zusammensturz nun die verschiedensten Ursachen haben kann (z. B. entweder der Boden ist so sandig oder sumpfig, daß die Grabenwände nachsinken, oder aber bei der Arbeit ist ein Fehler unterlaufen, und infolgedessen tritt das Unglück ein, oder weder das eine noch das andere ist der Fall, und der Erdrutsch tritt infolge irgend eines anderen Zufalls ein), so berichtigt Paulus die Ansicht Labeos dahin, daß den durch die Bodenbeschaffenheit verursachten Einsturz der Besteller, den durch die Arbeit verursachten der Unternehmer zu tragen habe.

Diesem vitium soli und operis braucht nun ein Verschulden im technischen Sinn nicht zugrunde zu liegen, wie Mommsen[1]) und Burchardi[2]) annehmen. Es ist, wie bereits erwähnt, ein solches Verschulden immer zu vertreten. Andererseits ist es sehr gut denkbar, daß die eigentümliche Beschaffenheit des Bodens dem Eigentümer und Besteller durchaus unbekannt war, so daß man auch nicht von einer unterlassenen Anzeigepflicht an den Unternehmer reden kann. Mommsen nimmt trotzdem eine Schuld des locators an, „er hätte sich über die fehlerhafte Beschaffenheit des Bodens vergewissern sollen". Dies wird jedoch von Windscheid,[3]) Bolze[4]) und treffend von Oertmann[5]) zurückgewiesen, da der Baumeister als Sachkenner viel eher den Boden hätte beurteilen können. Somit ist anzunehmen, daß Paulus hier ganz allgemein von dem strengen Prinzip der Gefahrtragung des conductors bis zur Approbation eine Ausnahme machen will,

---

[1]) Mommsen a. a. O. S. 376.

[2]) Burchardi a. a. O. S. 142.

[3]) Windscheid, Krit. Ztschr. II S. 139.

[4]) Bolze a. a. O. S. 90.

[5]) Oertmann I a. a. O. S. 39.

wenn die objektive Beschaffenheit des vom Besteller gelieferten Stoffes eine derartige war, daß der Unternehmer beim besten Willen keine brauchbare Arbeit zustande bekommen konnte. Um von einer vis maior hier zu sprechen zur Erklärung der Haftung des locators, wie z. B. Dankwardt,[1]) liegt kein genügender Grund vor. Es handelt sich vielmehr hier um einen ganz ähnlichen Fall, nur daß statt eines vitium soli von einem vitium materiae die Rede ist, wie in l. 13 § 5 h. t.: „si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio, si imperitia facientis, erit.“ Es bedarf diese Stelle wohl keines Kommentars. Beim vitium materiae haftet der Unternehmer nicht, „nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim etsi vitio materiae id evenit erit ex locato actio“. Aus dieser möglichen Übernahme der Haftung schließt Oertmann[2]) mit Recht, daß casus und nicht culpa das vitium materiae begründe, da niemand eine Haftung für culpa eines anderen übernehmen werde.

Ob wir nun in l. 62 auch für das operis vitium kein Verschulden des Unternehmers annehmen wollen oder doch, ist für unser Prinzip, da er bis zur approbatio die Gefahr zu tragen hat, gleichgültig. Daß von einem Verschulden die Rede sei, ist die Ansicht von Buchholtz,[3]) Dankwardt,[4]) Mommsen[5]) und Schmoll.[6]) Es liegt jedoch durchaus nicht aus dem Bereich des Möglichen, daß ein vitium operis

---

[1]) Dankwardt a. a. O. S. 351 Anm. 3.

[2]) Oertmann I a. a. O. S. 39, 40.

[3]) Buchholtz a. a. S. 4 ff.

[4]) Dankwardt a. a. O. S. 351 Anm. 3.

[5]) Mommsen a. a. O. S. 376.

[6]) Schmoll a. a. O. S. 40.

ohne Verschulden des Unternehmers eintreten kann. Beispiele hierfür bringen Bolze[1]) und Oertmann,[2]) die kein Verschulden annehmen. Es scheint auch wohl wahrscheinlicher, daß Paulus, wo er dem vitium soli das vitium operis geradezu gegenüberstellt, ebenfalls hier nur an einen zufällig eintretenden Schaden gedacht hat, den er zur schärferen Präzisierung des soli vitium erwähnt.

Der naheliegenden Folgerung, die Bolze und Oertmann für ihr Prinzip der Gefahrteilung aus dieser Stelle ziehen, ist nicht beizustimmen, da, wie schon bemerkt, die Sphärentheorie praktisch nicht durchführbar ist.[3]) Z. B. wenn unser Graben hier durch anhaltenden Regen einstürzt, hat dann dieser Zufall auf den Erdboden des Bestellers oder auf den Bau des Unternehmers eingewirkt? Nach der von uns entwickelten Lesart würde nur zu prüfen sein, ob die Bodenbeschaffenheit eine derartige war, daß die dauerhafte Herstellung des Werks für den Unternehmer eine Unmöglichkeit bedeutete.

Als Prinzip stellen demnach Labeo und Florentin die Gefahrtragung des conductors bis zur Approbation auf mit der Modifikation des Paulus, daß fehlerhafte Beschaffenheit des Stoffs den Unternehmer befreit. Dieselbe Ausnahme von der Regel finden wir in l. l. 13, 33 und 59 h. t. und nunmehr die Erklärung dafür, daß in l. 59 von einer billigenswerten Herstellung des zerstörten Werks nicht die Rede ist. Ebensowenig wie in den übrigen leges ist diese erwähnt, da es ja dem Werkmeister in den meisten Fällen ganz unmöglich sein wird, infolge der Mangelhaftigkeit des Materials etwas

[1]) Bolze a. a. O. S. 90/91.

[2]) Oertmann I a. a. O. S. 38.

[3]) Ausführliches s. Crome I a. a. O. S. 319.

herzustellen, was derartig ist, daß es gebilligt werden müßte. Auch der Umstand, daß in l. 59 von einem teilweise, in l. 62 von einem vollendeten Werke die Rede ist, steht der Annahme, daß es sich in beiden um analoge Fälle handelt, nicht im Wege. Dieses Moment ist für die angefügte Ausnahme des Paulus von keiner Bedeutung, da, was von dem vollendeten Werk in diesem Falle gilt, auch auf das teilweise vollendete Anwendung finden muß. Wenn ich z. B. einen Stein, bei dem das vitium materiae in seiner Sprödigkeit besteht, einem Juwelier zur Bearbeitung gebe, so ist ein Unmöglichwerden der Leistung nur vor der Vollendung möglich, denn mit ihr wäre das vitium materiae, die Gefahr des Zerspringens, überwunden (vgl. auch l. 13 § 5 h. t.).

Ein ganz ähnlicher Fall wie in l. 62 nach Inhalt und Form, ein von Labeo aufgestelltes Prinzip und eine Modifikation des Paulus, findet sich in l. 10 pr. D. de lege Rhodia de iactu, denn der Transportvertrag ist ebenfalls ein Werkvertag, nur besteht der zu bewirkende ökonomische Effekt in dem Versetzen einer Sache von einem Ort an einen anderen: Labeo libro primo pithanon a Paulo epitomatorum „si vehenda mancipia conduxisti pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: Immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium."

Nach Labeo trägt der Unternehmer, der den Transport einer Herde Sklaven übernommen hat, für einen auf der Fahrt gestorbenen die Gefahr. Er geht der Gegenleistung, des Überfahrtgeldes, verlustig. Er soll nach dem bekannten Prinzipe die Gefahr bis zur approbatio tragen, da solche hier

kaum möglich ist, es sei denn, daß der Besteller an Land die ausgeschifften Sklaven in Empfang nimmt und abzählt, bis zur Vollendung, also dem bewerkstelligten Transport. Es ist dies ein durchaus begreiflicher und aus den Verkehrsverhältnissen sich ergebender Grundsatz, wenn man sich vorstellt, wie ein solcher Transport vor sich gegangen ist. Daß bei einer längeren Seereise von den in engem Raume zusammengepferchten Menschen mancher zugrunde gegangen ist, war sicher keine Seltenheit und die Gefahrtragung des Spediteurs der menschlichen Ware eine ganz erklärliche.

Dies trotzdem möglicherweise unbillige Prinzip schränkt Paulus wie in l. 62 ein.[1]) Immo ist hier wie dort nicht das allerdings in den Quellen häufig einen strikten Gegensatz einleitende, sondern, da es auch modifizierend, ergänzend, berichtigend gebraucht wird, heißt es hier soviel wie: „oder richtiger", „vielmehr", „d. h." Die Einschränkung des Paulus nun bezieht sich darauf, daß es auf die Vertragsabrede ankomme, ob der Unternehmer schlechthin für die verladenen Sklaven, oder ob er nur für die transportierten bezahlt werden solle. Im Zweifel soll ersteres anzunehmen sein; die Vergütung muß bezahlt werden, wenn nachgewiesen werden kann, daß der Gestorbene eingeladen war. Die von Paulus aufgestellte Ausnahme entspricht wohl folgender Erwägung. Es ist ja möglich, daß ein Sklave krank oder gebrechlich aufs Schiff gebracht wird, so daß er die Reise nicht aushält, und es unbillig wäre, den Unternehmer dies entgelten zu lassen. Es liegt ähnlich wie in ll. 13, 33, 59, 62 die Lieferung eines fehlerhaften Stoffes vor, mit dem der con-

[1]) Oertmann I S. 20 nimmt seiner Theorie halber hier einen Widerspruch zwischen beiden Juristen an, nicht dagegen Paszotta S. 45.

ductor unmöglich den Vertrag erfüllen konnte. Außerdem kann der Sklave auch auf der Reise von einer tödlichen Krankheit befallen werden, die mit dem Transporte nicht in ursächlichem Zusammenhang steht, es würde dann also die Ausführung des Transports durch vis maior unmöglich geworden sein, denn auch der Besteller hätte den Sklaven vor dem Tode nicht schützen können, non enim amplius praestari locatori opporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. Da es nun für den Unternehmer in den seltensten Fällen möglich sein wird, nachzuweisen, daß er den Sklaven krank oder gebrechlich an Bord bekam, oder, daß er unterwegs an einer absolut tödlichen Krankheit verstorben ist, so stellt Paulus für den Unternehmer die gerechte Vermutung auf, daß, wenn nicht ausdrücklich ausgemacht ist, daß nur für die lebend transportierten Sklaven Fährlohn gezahlt werden soll, die Vertragsabrede dahin ging, daß Transportlohn für die verladenen Sklaven zu zahlen sei, daß also für alle nachweislich eingeschifften Sklaven ohne Rücksicht darauf, ob sie alle lebend ankommen, der vereinbarte Lohn zu zahlen ist. Der Besteller kann sich ja gegen die ihm nunmehr von dem Unternehmer drohende Benachteiligung dadurch schützen, daß er in der von Paulus angegebenen, jedenfalls häufig vorkommenden Weise den Vertrag dahin fixiert, daß er das Überfahrtgeld nur für die lebend an den Erfüllungsort gebrachten Sklaven zahlen werde. Dann wird der Unternehmer sich dieselben auf ihre Transportfähigkeit schon ansehen und seinerseits die nötige Sorgfalt anwenden, daß ihm keiner eingeht, da er ja für lebendige Überführung der Sklaven garantiert hat. Oertmann[1]) und Bolze,[2]) die dieser Stelle ent-

[1]) Oertmann I a. a. O. S. 20.

[2]) Bolze a. a. O. S. 89.

nehmen, „daß der die zu transportierende Sache treffende Zufall keinen Einfluß auf den Lohnanspruch des Schiffers habe“, und „daß der conductor seinen Anspruch auf die Gegenleistung nicht dadurch verliert, daß die eigene Leistung durch einen die zu bearbeitende Sache treffenden Zufall unmöglich wird,“ gehen in ihren Folgerungen des Prinzips der Gefahrteilung wegen zu weit. Sie verallgemeinern die Modifikation des Paulus, die doch nichts anderes besagen will, als diejenige in l. 62, nur daß er hier für ein vitium materiae eine Vermutung zugunsten des conductors schaffen will. Demnach würde sich auch diese Stelle unschwer dem von Florentin aufgestellten Prinzip einfügen lassen.

Hatte in dem eben behandelten Fall der Schiffer bereits seine Fahrt gemacht, und hatte der Zufall die Sache des Bestellers getroffen, so wird in l. 15 § 6 D. 19, 2 dem Schiffer die Fahrt unmöglich infolge Verlusts des Schiffes: „item cum quidam nave ammissa vecturam, quam pro mutua acceperat repeteretur rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.“

Ein Streit ist hier schon um die Konstruktion des „cum quidam vecturam repeteretur“ ausgebrochen, den jedoch Oertmann[1]) überzeugend entschieden haben dürfte, und zwar scheint die Erklärung von vecturam als sogen. „griechischem Akkusativ“, der in der lateinischen Literatur häufig verwendet wird, am einleuchtendsten. Der Inhalt der Stelle ist folgender: Ulpian entscheidet hier gemäß eines kaiserlichen Reskripts, daß der Schiffer, der sein Schiff

---

[1]) Oertmann I a. a. O. S. 22/23.

kasuell verloren hat, das Transportgeld, das ihm vorgeschossen war, dem procurator zurückzahlen muß, da er die ihm obliegende Leistung nicht bewirken kann. Der Schlußsatz will besagen, daß dies nicht nur für den kaiserlichen procurator, sondern allgemein Geltung habe. Es ergibt sich also, daß auch hier der Satz conductoris est periculum in Anwendung gebracht ist; der Schiffer geht seines Anspruches auf die Gegenleistung verlustig, wenn ihm kasuell seine Leistung unmöglich wird; die etwa schon erhaltene Vergütung muß er zurückerstatten.[1]) Begreiflicherweise finden wir bei beiden über den Transportvertrag handelnden Stellen nichts über eine approbatio gesagt. Es ist also anzunehmen, daß die Vollendung der Approbation im Fall, daß diese nicht möglich ist, entspricht.

Kapitel 8.

Das Prinzip der Quellen.

a) Das Subjekt der Gefahrtragung.

Das Resultat unserer Quellenbetrachtung können wir bezüglich des Trägers der Gefahr dahin zusammenfassen, daß im römischen Rechte im Prinzip der Unternehmer die Gefahr trug (so nach Florentinus l. 36, Labeo l. 10 de lege Rhodia und l. 62, Ulpian l. 15), und zwar regelmäßig bis zur Approbation (so nach Florentinus l. 36, Labeo l. 62), falls diese nicht möglich, bis zur Vollendung.

Durchbrochen ist dies Prinzip durch folgende Ausnahmen aus Billigkeitsrücksichten:

1. Ist das Werk in Teilen abzuliefern, so geht mit Zu-

[1]) Oertmann a. a. O. S. 25.

messung des einzelnen Teils die Gefahr für diesen über (Florentin l. 36);

2. bei Annahmeverzug geht die Gefahr über (Florentin l. 36);

3. desgleichen bei Untergang durch vis maior (Florentin l. 36, Paulus l. 10 de lege Rhodia); doch muß das Untergegangene billigenswert, d. h. vollendet gewesen sein (nach Javolenus l. 37);

4. liegt die Ursache der kasuellen Unmöglichkeit der Leistung in der Beschaffenheit des gelieferten Stoffes, so trägt der Besteller die Gefahr (Paulus l. 10 d. l. R., Ulpian l. 13 § 5, Africanus l. 33, Javolenus l. 59, Paulus l. 62).

b) Das Objekt der Gefahrtragung.

Bei diesem letzten Punkte könnte die Frage in Betracht kommen, wie es denn mit der Gegenleistung steht, wenn vor der Vollendung das Werk untergegangen ist. Ist sie ganz zu leisten, oder nur der aufgewendeten Arbeit entprechend? In den Quellen ist nur immer von „periculum", „detrimentum" oder „vectura" die Rede. Erklärlich ist dies, da ja in der Regel der Unternehmer die Gefahr trägt, die Gegenleistung also nicht in Betracht kommt, ferner im Fall des nach Teilen verdungenen Werkes es selbstverständlich ist, daß die bewirkten Teilleistungen bezahlt werden, beim Annahmeverzug es sich nur um die volle Gegenleistung handeln kann, weil das Werk vollendet war, desgleichen bei vis maior, wenigstens nach Javolen in l. 37. So scheint fast das Schweigen der Quellen über die Gegenleistung eine Probe aufs Exempel zu sein, wenn nicht für den letzten Fall unseres Schemas eine Teilvergütung in Betracht kommen könnte. Es ist ja möglich, daß gleich beim Beginn der Arbeit sich die Fehlerhaftigkeit

des Stoffs und die Unmöglichkeit der Herstellung herausstellt, und der Arbeiter Zeit und Arbeit auf andere Dinge verwenden kann, so daß die volle Gegenleistung für den Besteller eine übermäßige Härte, für den Arbeiter eine unverdiente Bereicherung darstellen würde. Dies widerspräche durchaus der bonae fidei Natur unseres Geschäfts, nach der die Kontrahenten verpflichtet sind, sich omnia ex aequo et bono zu leisten. Die Regel ist zwar die, daß, wenn der Besteller die Gefahr trägt, er auch die ganze Gegenleistung machen muß; es ist eben die Bedeutung der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen, die auf eine einheitliche Leistung gehen, die, daß der eine Teil, trotzdem er nichts erhält, seine Leistung bewirken muß, und die Ansicht, daß dem Arbeiter „ein Teil der Gegenleistung gebühre, welcher dem Maße des seinerseits Geleisteten entspreche“,[1]) läßt sich kaum, weder der Sache noch den Quellen nach, in denen man[2]) sich auf die l. l. 33 und 59 stützt, halten. Das bestimmte: „nihilo minus teneberis“ und „Flacei esse periculum“ beweisen doch wohl eher, daß volle Gegenleistung gemeint ist. Es soll jedoch der Arbeiter daraus, daß er von seiner Leistung befreit wird, natürlich keinen besonderen Vorteil ziehen; er muß sich auf die Gegenleistung anrechnen lassen, was er erspart oder anderweitig verdient hat. Hierdurch läßt sich im Einzelfall eine viel gerechtere Lösung erzielen, als wenn aus „Billigkeitsrücksichten“ die geleistete Arbeit bezahlt werden soll. Denn es ist möglich, daß der Unternehmer teure Anschaffungen von Baumaterial und Arbeitskräften gemacht hat, die Ausführung aber unmöglich wird, bevor er

[1]) Loewy a. a. O. S. 93.

[2]) Dankwardt a. a. O. S. 58; Windscheid, Krit. Zeitschr. S. 140 und andere.

die Arbeit nur begonnen hat, und daß er anderweitig für keines von beiden Verwendung findet, andererseits, daß er Erhebliches fertiggestellt und für alles anderweitige Verwendung gefunden hat.

Galt letzteres für den Fall, daß der Besteller die Gefahr trägt, so ist, wenn der Unternehmer sie auf sich nehmen muß, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der zu erzielende Effekt durch den Zufall nicht vollständig unmöglich gemacht wird. Vorausgesetzt, daß die teilweise Erfüllung für den Besteller von Interesse ist, so ist dem Unternehmer gegen Ablieferung dieser Teilleistung die entsprechende Teilgegenleistung zu gewähren. Für ein Werk, das an und für sich aus selbständigen Teilleistungen bestand, geht dies ja klar aus l. 36 hervor, deshalb ist wohl dasselbe auch für Leistungen anzunehmen, die durch den Zufall zu Teilleistungen gestempelt werden, und die, obwohl erst das *ἀποτέλεσμα*, das vollendete Ganze Erfüllung gewesen wäre, dennoch durch den ökonomischen Wert, den sie billigerweise für den Besteller haben müssen, den Charakter einer gewissermaßen selbständigen, wenn auch nur teilweisen Erfüllung erhalten.

Zweiter Abschnitt.

Die Gefahrtragung beim Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Kapitel 9.

Die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dasselbe Prinzip, das „beim Werkvertrag die Vergütung nicht für die Arbeit als solche, sondern für die Herstellung

eines Arbeitsproduktes zugesagt wird,“ [1]) ist uns für den Werkvertrag des Bürgerlichen Gesetzbuchs bereits bekannt. Es ist deshalb auch schon hieraus zu entnehmen, daß logischerweise der Grundsatz der Gefahrtragung des Unternehmens prinzipiell Geltung haben muß. Und zwar hat das Bürgerliche Gesetzbuch sich der Norm des römischen Rechts in ihrem vollen Umfang angeschlossen [2]) und bestimmt, daß der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme des Werks zu tragen habe.

Dies gilt wie im römischen Recht natürlich nicht für ein Werk, welches nach BGB. § 641 in Teilen abzunehmen ist, und bei dem die Vergütung für die einzelnen Teile bei Abnahme derselben zu entrichten ist. Daß bei Abnahme eines solchen Teils auch die Gefahr übergeht, ergibt sich aus § 644. Ebenso bestimmt das BGB. im § 646, daß bei Werken, deren Beschaffenheit die Abnahme ausschließt, die Vollendung an Stelle der Abnahme trete. Hierbei ist nicht zu vergessen, daß, da die Abnahme anderer Natur wie die approbatio ist, Abnahme in der Regel [3]) nur bei materiellen Leistungen möglich ist, während die römische approbatio auch bei immateriellen künstlerischen gedacht werden kann.

Die Pflicht des Bestellers zur Abnahme, die schon nach den Quellen bestand, findet sich, natürlich nur für ein vertragsmäßig hergestelltes Werk im § 640 anerkannt. Kommt der Besteller dieser seiner Pflicht nicht nach trotz gehörigen Angebots am richtigen Ort, zur richtigen Zeit [4]), so gerät er

---

[1]) Denkschrift S. 84 oben.

[2]) § 644 BGB.

[3]) Z. B. nach Endemann a. a. O. § 175 Anm. 36: bei Freilegung eines Weges von Schnee Abnahme nicht möglich.

[4]) §§ 293, 294 BGB.

in Annahmeverzug, die Gefahr geht auf ihn über;[1]) „nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus adprobetur vel admetiatur“. Wie im römischen Recht braucht man im BGB. hier an keine Schuld des Bestellers zu denken. Der Unternehmer hat Anspruch auf die volle Vergütung sowie Ersatz der Mehraufwendungen, die er für das erfolglose Angebot, Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte.[2])

Eine dem römischen Recht wohl fremde Form des Annahmeverzugs sieht das BGB. darin, daß der Besteller eine Handlung, die zur Herstellung des Werks erforderlich ist, unterlassen hat. Es bestimmt im § 642, daß in solchem Falle der Unternehmer eine angemessene Entschädigung verlangen, die nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung abzüglich des stellvertretenden commodums zu berechnen ist, oder nach erfolgter Fristsetzung zur Nachholung der Handlung kündigen kann. Der Arbeiter erhält also möglicherweise mehr als eigentlich vertraglich vereinbart war, oder „taxmäßig“ oder „üblich“ [3]) ist. Die Motive begründen diese dem Werkvertrag im BGB. eigentümliche Regelung des Annahmeverzugs vor der Herstellung des Werks „namentlich mit der Unteilbarkeit des Werks“,[4]) wogegen Crome[5]) betont, das Wesentliche sei, daß der Werkvertrag „ein seiner Natur nach vorübergehendes Verhältnis“ sei, bei dem die Gegenleistung nach der mutmaßlichen, für die Arbeit

---

[1]) § 644 BGB.

[2]) Dies ergibt sich aus den allgemeinen Regeln des Annahmeverzugs. § 304.

[3]) § 632 BGB.

[4]) Mot. S. 495.

[5]) Crome I a. a. O. S. 348.

erforderlichen Zeit normiert werde. Diese dem Grundsatz des heutigen Verkehrs: „time is money", entsprechende Begründung des dem Arbeiter zugebilligten Mehranspruchs dürfte wohl eher den Kern der Sache treffen. Das Kündigungsrecht, welches dem Werkmeister hier eingeräumt wird, erklärt sich daraus, daß es unbillig wäre, ihn, wenn er dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist bestimmt hat, zuzumuten, sich für unbegrenzte Zeit zur Verfügung des Bestellers zu halten.

Im Anschluß an den Annahmeverzug behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch den Fall, daß auf Verlangen des Bestellers der Unternehmer das Werk nach einem anderen als dem Erfüllungsort versendet.[1]) In diesem Fall soll nach den für den Kauf[2]) bestimmten Grundsätzen die Gefahr bereits übergehen, sobald das Werk dem Spediteur, Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert ist. Nur wenn dem Unternehmer für die Versendung eine besondere Anweisung erteilt war, so hat er, falls er ohne dringenden Grund von ihr abweicht, den entstehenden Schaden zu ersetzen. Mit Fug und Recht hat das Gesetzbuch diese Neuerung gebracht, da Inhalt des Werkvertrags nur die Herstellung eines Werks ist, und der Unternehmer mit vertragsmäßiger Herstellung und gehörigem Angebot seine Verpflichtungen nach Treu und Glauben mit Berücksichtigung der Verkehrssitte erfüllt hat. Eine weitergehende Gefahrtragung des Unternehmers aber würde eine wesentliche Erweiterung dieser Vertragspflichten und Verschärfung des schon ohnehin wegen seiner Härte angefeindeten

---

[1]) § 644 II BGB.

[2]) § 447 BGB.

Prinzips bedeuten. Es dürfte wohl kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Römer sich hier damit geholfen hätten, in dem Verlangen des Bestellers nach Versendung des Werks einen Annahmeverzug zu erblicken; dies verbürgt schon die weite Fassung des „per eum steterit".

Haben wir somit im wesentlichen die uns bekannte l. 36 des Florentinus mit ihren Einschränkungen im Bürgerlichen Gesetzbuch wiedergefunden, so tritt uns jene Paulinische Durchbrechung des starren von Labeo aufgestellten Prinzips hinsichtlich des vitium soli resp. materiae im § 645 in den Worten entgegen: „Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffs oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen." Das gleiche soll gelten im Fall, daß das oben erwähnte Kündigungsrecht vorliegt. „Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt." Im wesentlichen wird uns Bekanntes gebracht. Betont wird ausdrücklich, daß an ein Verschulden des Bestellers nicht zu denken ist, da er für Verschulden gemäß Abs. 2 besonders haftet. Neu ist die Zufügung, daß der Besteller den Lohn zahlen müsse, wenn infolge seiner Anweisungen das Werk untergegangen sei, doch entspricht dies durchaus der Billigkeit, da „insoweit die Haftung des Unternehmers nach dem Vertrage als ausgeschlossen anzusehen ist,"[1])

[1]) Mot. S. 485.

als Mängel in der Fehlerhaftigkeit des vom Besteller gelieferten Stoffs oder in seinen Anweisungen ihren Grund haben. Im römischen Recht würde wohl im letzten Fall ebenfalls nach den Grundsätzen des bonae fidei Kontraktes der Besteller die Gefahr haben tragen müssen. Mit der Fehlerhaftigkeit des Stoffes oder den Anweisungen des Bestellers kann jedoch ein Umstand, den der Unternehmer zu vertreten hat, konkurrieren. In diesem Falle muß er natürlich die Gefahr tragen. Dies könnte z. B. in Frage kommen, wenn er es unterlassen hat, den Besteller auf die Fehlerhaftigkeit seines Stoffs oder einer Anweisung aufmerksam zu machen. Hierbei wäre dann in Betracht zu ziehen, ob eine allgemeine Prüfungspflicht hinsichtlich des überlieferten Materials und der erteilten Anweisungen seitens des Unternehmers anzunehmen ist. Das Gesetz schweigt und, wie aus den Motiven[2]) zu ersehen ist, mit Absicht. Es ergibt sich aus der selbstverständlichen Pflicht eigenes Verschulden zu vertreten, daß der Unternehmer anzeigen muß, wenn er eine dem Werk drohende Gefahr entdeckt hat. Dagegen ist er in der Regel nicht dafür verantwortlich zu machen, wenn er einen Fehler nicht auffindet, der ihm vielleicht „bei Anwendung der gebührenden Sorgfalt“ hätte auffallen müssen, es sei denn, daß er „auch für die Prüfung des Stoffs als Sachverständiger erscheint“, und der Besteller glauben konnte, auf diese Prüfung rechnen zu dürfen. Für den umgekehrten Fall gilt selbstverständlich dies nicht. Es muß also diese Frage je nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden mit Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze, die im § 257 und § 242 über die Auslegung der Verträge und die Leistung des Schuldners aufgestellt sind.

[2]) Mot. S. 485, 486.

Bezüglich der Gegenleistung nun hat das Bürgerliche Gesetzbuch der Streitfrage des römischen Rechts, die dahin beantwortet wurde, daß im Prinzip Gegenleistung aber abzüglich des event. commodums zu leisten sei, ein Ende gemacht und bestimmt, daß ein der geleisteten Arbeit entsprechender Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangt werden könne. Die Entscheidung wird also ganz „den individuellen Umständen angepaßt".[1]) Es ist daher möglich, daß in einem besonders gearteten Fall, trotzdem die Arbeit nicht vollendet war, der Unternehmer, da er erhebliche Auslagen gehabt hat, z. B. „durch Wegschaffung des Torso",[2]) mehr erhält, als der ursprünglich vereinbarte Lohn betrug. Wie Oertmann[3]) danach die Behauptung begründen kann, daß dieser außerordentliche Ersatzanspruch kein Entschädigungsanspruch sei, sondern daß Anspruch auf Teilvergütung und auf Ersatzanspruch „allesamt vertragsmäßige Ansprüche" seien, ist nicht ersichtlich. Dem ökonomischen Werte nach liegt in dieser Normierung der Gegenleistung, wenn das Werk vor der Abnahme resp. Vollendung zufällig untergeht, ein erheblicher Unterschied vom römischen Recht, das, wie wir gesehen haben, stets von der Gegenleistung schlechthin spricht, wenn der Besteller die Gefahr zu tragen hat.

Ein äußerlich auffallenderer und, wie wir sehen werden, nur scheinbar wirtschaftlich erheblicher Unterschied ist der, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Durchbrechung des Prinzips „periculum est conductoris" hinsichtlich der vis maior nicht kennt. Befremdlich erscheint dies allerdings, da, wenn

[1]) Crome I a. a. O. S. 316.

[2]) Crome I a. a. O. S. 316.

[3]) Oertmann II a. a. O. S. 657 zu § 645. 2c.

schon der Begriff der höheren Gewalt ins Gesetzbuch aufgenommen worden ist, er auch hier seine Berechtigung gehabt hätte. Doch ist diese Weglassung wohl kaum so erheblich, um darin eine einseitige Bevorzugung des Bestellers erblicken zu müssen. Denn erstens sind die allgemeinen Sicherungen des Verkehrs und des Daseins des einzelnen sowohl hinsichtlich der Naturgewalten als auch menschlicher gewalttätiger Eingriffe umfangreicher wie früher. Unsere Blitzableiter, Deichbauten, Kanäle, Feuerwehren, Polizei und stählernen Seeschiffe schränken die relative vis maior erheblich ein. Was damals vis maior war, ist heute möglicherweise gewöhnlicher Zufall, womöglich Fahrlässigkeit des Unternehmers.[1]) Zweitens ist die Tragung der Gefahr für vis maior eine ebenso große Härte für den Besteller, wenn er, der nichts erhält, der neben seinem wertvollen Material[2]) noch oft die vermögenswerte Aussicht, ein Werk zur bestimmten Zeit zu erhalten, verliert und überhaupt nicht die geringste Möglichkeit hatte, auf die Sache einzuwirken, die Folgen der vis maior und diese selbst event. zu verringern, trotzdem seine Gegenleistung machen muß, wie für den Unternehmer, der hierzu immerhin in der Lage war und meistens noch Bruchstücke aus dem Unglück retten wird. Nicht einmal läßt sich ohne weiteres noch heutzutage sagen, daß der Unternehmer immer der wirtschaftlich Schwächere sei. Ferner

---

[1]) Z. B. ein Unternehmer baut ein Haus ohne den erforderlichen Blitzableiter.

[2]) Z. B. ein Reisender läßt an einem heimgebrachten kostbaren Elefantenzahn eine Schnitzarbeit ausführen. Neben der Werkstatt des Unternehmers platzt ein Fabrikdampfkessel und zerstört den Zahn. Der Reisende verliert seinen Stoff und soll außerdem die teure Arbeit bezahlen?

muß jeder, der irgend ein Unternehmen betreibt, das Risiko der Vernichtung auch durch vis maior tragen. Warum sollte der Werkführer hiergegen eine wohlfeile Versicherung erhalten?

Wie Planck, dessen sonderbare Verteidigung eines Gesetzbuchs wir jedoch nicht zu der unserigen machen wollen, zwar richtig bemerkt, werden sich, falls sich Härten der gesetzlichen Regelung herausstellen, die Kontrahenten bei der Vertragsfreiheit schon selber helfen. Wenn man schießlich nach Javolen mit anderen annimmt, daß die Römer nur nach Vollendung den Besteller die Gefahr für vis maior tragen ließen, so reduziert sich der Unterschied zwischen römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch in dieser Hinsicht ja auf ein Minimum. Demnach kann man wohl behaupten, die Nichtaufnahme der vis maior sei zum mindesten keine erhebliche Lücke im Gesetzbuch, wenn sie nicht sogar eine der heutigen Verkehrsanschauung entsprechende Billigkeit bedeutet.

Galten die obigen Ausführungen im wesentlichen dem periculum obligationis, so finden wir bezüglich des periculum rei eine selbstverständliche Übereinstimmung mit dem römischen Recht. Das BGB. betont im § 644 Satz 3, daß für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes der Unternehmer nicht verantwortlich sei, was die Motive damit begründen, daß diese eigentlich selbstverständliche Bestimmung nur Aufnahme gefunden habe, „wegen des vorhergehenden Grundsatzes zur Vermeidung eines nicht fern liegenden Mißverständnisses, sowie zur völligen Klarstellung, daß der Übernehmer auf die Gegenleistung keinen Anspruch habe“.[1])

[1]) Mot. S. 498.

Kapitel 10.

Das Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Die mannigfachen Möglichkeiten der Gefahrtragung vor der Abnahme haben wir erschöpft. Daß nach der Abnahme bezw. Vollendung der Besteller die Gefahr trägt, der Unternehmer des Lohnes sicher ist, bedarf sowohl für das römische wie das bürgerliche Recht keiner weiteren Erwägung. Nach der Abnahme wird man nicht mehr von einer Gefahrtragung des Unternehmers, sondern nur noch von einer Haftung desselben für Mängel reden können, und zwar für solche, die dem Besteller bei der Abnahme entgangen sind, es sei denn, daß er sich seine Rechte vorbehalten hat. Näheres über diese Frage gehört demnach nicht in den Rahmen dieser Abhandlung, die sich auf die Gefahrtragung beschränken muß.

a) Der eigentliche Werkvertrag.

Dieselbe bedeutete für den Werkvertrag im römischen Recht sowohl wie im Bürgerlichen Gesetzbuch, daß, wenn zufällig das Werk vor Approbation resp. Vollendung ganz oder teilweise untergeht, verschlechtert oder unausführbar wird, es dem Unternehmer also objektiv oder subjektiv unmöglich wird zu leisten, da bei der nachträglichen Unmöglichkeit objektive Unmöglichkeit und „Unvermögen“ sich gleichstehen, — eine ganz erhebliche Erschwerung, Verteuerung haben wir dem Unvermögen gleicherachtet, — er in der Regel die Gegenleistung verliert, aber seinerseits frei wird. Im römischen Recht waren wir im Fall, daß eine teilweise Leistung des Werks noch möglich war, der Ansicht derer, die dem Unternehmer eine Teilvergütung zubilligen, sofern die Leistung teilbar und von Wert für den Besteller war.

Das Bürgerliche Gesetzbuch soll hinsichtlich der Gegenleistung nach Riezler[1]) und anderen den den Quellen unbekannten Unterschied machen, ob der Zufall

1. „den Untergang oder die Verschlechterung des bereits ganz oder teilweise vollendeten Werks oder

2. die Unmöglichkeit der Ausführung des noch nicht vollendeten Werks zur Folge gehabt habe."

Im ersten Fall soll der Unternehmer nach § 644 nichts bekommen ohne Rücksicht darauf, wie weit das Werk gediehen ist, oder ob der übrigbleibende Teil Wert hat oder nicht. Im zweiten Falle soll er nach § 323 ebenfalls wie nach § 644 nichts bekommen, jedoch nur bei teilweiser Unmöglichkeit der Ausführung solle sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473 mindern, sofern das Werk selbst ein teilbares sei. Diese doch offenbar zu großen Unbilligkeiten führende Unterscheidung scheint mehr aus den Motiven als aus dem Gesetzbuch gelesen zu sein. Die Motive[2]) sprechen zwar von Gefahrtragung nur als der Frage, wer den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung des Werkes vor der Abnahme zu tragen habe. Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir nun in § 644 ganz allgemein den Ausdruck Gefahr, im § 645 diese Gefahr spezialisiert als die Möglichkeit des Unterganges, der Verschlechterung oder Unausführbarwerdung. Es scheint doch aus den gleichgestellten Fällen in Beziehung auf den gemeinsamen Sammelnamen hervorzugehen, daß das Gesetzbuch keine Unterscheidung machen will.[3]) Aus diesen Gründen und aus Billigkeitsrücksichten

---

[1]) Riezler a. a. O. S. 145 ff.

[2]) Mot. S. 497.

[3]) Ähnlich (zwar in anderem Zusammenhang) Bredt a. a. O. S. 41.

glauben wir uns der Ansicht, „die nicht einmal im Gesetz klar zum Ausdruck gekommen sein soll,[3]) nicht anschließen zu dürfen und halten einen nach § 472, 473 geminderten Lohnanspruch des Unternehmers in beiden Fällen für gegeben, wenn das, was er noch zu leisten imstande ist, ein interessewerter Teil eines teilbaren Werkes ist.

Hat der Besteller ausnahmsweise die Gefahr zu tragen, so regelt sich die Gegenleistung folgendermaßen. Im Fall des Annahmeverzugs haben wir die event. nach § 642 zu berechnende Gegenleistung bereits kennen gelernt.[4])

Im Fall der Versendung ist natürlich volle Gegenleistung und Ersatz der Mehrkosten zu bewirken. Ein stellvertretendes commodum wird kaum in Betracht kommen.

Im Fall eines Mangels im Stoffe oder fehlerhafter Anweisung des Bestellers erhält der Unternehmer, wie wir bereits wissen, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen.[5])

b) Der irreguläre und der Werklieferungsvertrag.

Diese Regelung der Gefahrtragung galt im großen und ganzen nur für den eigentlichen Werkvertrag. Für den Fall des irregulären Werkvertrags wären noch folgende Besonderheiten zu erwähnen, die im gemeinen Rechte strittig geblieben sind.[1])

---

[3]) Riezler a. a. O. S. 145.

[4]) s. oben S. 59.

[5]) § 645 BGB. und näheres oben S. 63

[1]) s. oben S. 8 ff.

Beim irregulären Werkvertrag unterstellt Crome[1]) der Parteiabsicht in der Übergabe des Stoffs „weniger einen Eigentumsübergang“ als einen Übergang des periculum rei „wider die Regel“. Dieser Ansicht können wir infolge des Grundsatzes casum sentit dominus nicht folgen, solange nicht auch der Wechsel in den Eigentumsverhältnissen durch Verwendung anderen Stoffs resp. anderweitige Verfügung über den gegebenen Stoff eingetreten ist. Denn, soll der Besteller durch sein Eigentum den Vorteil des „Sicherungsmittels im Konkurse“[2]) haben, so muß er auch den Nachteil des periculum rei tragen. Ist die Verwendung anderen Stoffs „erkennbar“[3]), so liegt ein Werklieferungsvertrag vor. Nach § 651 kommen dann für vertretbare Sachen die Grundsätze des Kaufs zur Anwendung. Die Gefahr geht also mit der Übergabe nach § 446 über. Im Fall, daß eine nicht vertretbare Sache vorliegt, tritt das Arbeitsverhältnis in den Vordergrund. Es ist daher erklärlich, daß der Gefahrübergang hier mit der Abnahme nach § 644 stattfindet.

Am allgemeinen Prinzip der Gefahrtragung ändern diese kleinen Abweichungen also nichts. Dasselbe ist im römischen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch, wie wir sahen, mit nur geringen Ausnahmen das gleiche, und möge uns eine tabellarische Zusammenstellung der betreffenden Grundsätze und Gesetzesparagraphen eine kurze Übersicht als Rückblick gewähren:

---

[1]) Crome II a. a. O. S. 706 Anm. 9.

[2]) Crome II a. a. O. S. 706.

[3]) s. oben S. 10.

Dritter Abschnitt.

Tabellarische Übersicht der gesetzlichen Bestimmungen des römischen Rechts und Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Kapitel 11.

Tabelle.

Röm. Recht:	Bürgerl. Recht:
Der Unternehmer trägt die Gefahr	
l. 36 D. 19, 2. l. 10 pr. D. 14, 2. l. 62 D. 19, 2. l. 15 § 6 D. h. t.	§ 644.
bis zur Abnahme,	
l. 36 D. 19, 2. l. 62 D. 19, 2.	§ 644.
falls diese nicht möglich, bis zur Vollendung,	
l. 10 pr. D. 14, 2. l. 15 § 16 D. 19, 2.	§ 640 Abs. 1.
ist das Werk in Teilen abzunehmen bis zur Abnahme jedes Teiles.	
l. 36 D. 19, 2.	§ 641.
Der Besteller trägt ausnahmsweise die Gefahr	
bei Annahmeverzug nach der Herstellung,	
l. 36. D. 19, 2.	§ 644.
vor der Herstellung,	
—	§ 642.

Röm. Recht	Bürgerl. Recht
bei Versendung an einen anderen als den Erfüllungsort,	
—	§ 644 Abs. 2 und § 447.
bei vitium materiae,	
l. 10 pr. D. 14, 2. l. 13 § 5 D. 19, 2. l. 33 h. t. l. 59 h. t. l. 62 h. t.	§ 645.
bei fehlerhaften Anweisungen des Bestellers,	
—	§ 645.
bei vis maior,	
l. 36 D. 19, 2. l. 10 pr. D. 14, 2.	—
Gegenleistung:	
Schlechthin (aber abzüglich des stellvertretenden commodums).	Eine der geleisteten Arbeit entsprechende Vergütung und Ersatz der nicht inbegriffenen Auslagen mit Anrechnungspflicht (§ 642, 2).

Schluß.

Die Wiederherstellungspflicht des Unternehmers.

Es bliebe zum Schlusse noch die Betrachtung einer Frage übrig, die zwar streng genommen mit der Gefahrtragung nur wenig zu tun hat,[1]) jedoch ihre Ursache mit dieser gemein hat und ihres großen materiellen Interesses wegen vielfach behandelt worden ist. Es handelt sich darum, ob der Unternehmer im Fall der zufälligen Vernichtung, Verschlechterung oder Unausführbarwerdung des Werks, falls noch die objektive Möglichkeit einer Wiederherstellung besteht, zu dieser verpflichtet ist. Die Ansicht derer,[2]) die dies bejahen, stützt sich vor allem auf l. 15 D. 45, 1.[3]) Goldschmidt[4]) und Oertmann[5]) haben jedoch die unberechtigte Berufung auf

[1]) Crome a. a. O. II S. 496; Riezler a. a. O. S. 68; Titze a. a. O. S. 302.

[2]) Cuiacius I S. 1171 (bei Oertmann); Burchardi a. a. O. S 134f.; Bolze a. a. O. S. 98 Anm. 33 S. 108; Gesterding a. a. O. S. 98: Glück § 1055.

[3]) l. 15 D. 45, 1: „Et ideo haesitatur si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam an vero reliquum dumtaxat expectandum quod deerat et verius est ut integrum ei detur.

[4]) Goldschmidt a. a. O. S. 363.

[5]) Oertmann I a. a. O. S. 43.

diese Stelle nachgewiesen. Es ist nämlich gar nicht von einer locatio conductio, sondern von einer „stipulatio domum aedificari“ die Rede, die ihrer Natur nach eine „obligatio stricti iuris“ ist und nicht wie der Werkvertrag bonae fidei Natur besitzt. Ferner handelt es sich nicht um eine Pflicht zur Wiederherstellung, sondern um die Zeit, in der die wiederaufgenommene Arbeit zu vollenden ist.

Goldschmidt will überhaupt von einer Wiedererrichtungspflicht nichts wissen. Diese Ansicht dürfte auch nicht das Richtige treffen, da sich ebensowohl Fälle denken lassen, wo dies für den Besteller der bona fides stracks zuwider laufen würde (z. B. bei teilweiser Vernichtung durch vis maior ist Ergänzung für den Unternehmer unschwierig), als umgekehrt, wo dies für den Unternehmer eine grenzenlose Härte sein würde. Da weder im römischen Recht noch im Bürgerlichen Gesetzbuch diese Streitfrage geregelt ist, weil „bei der Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle eine allgemeine Entscheidung durch das Gesetz überhaupt nicht“ [1]) möglich ist, so muß man die Entscheidung „in dem besonderen Inhalt des Vertrags“ [2]) suchen. Das Richtige ist also bei keiner der beiden extremen Parteien zu finden, sondern liegt, wie gewöhnlich, in der Mitte. Oertmann [3]) entscheidet hiernach, daß es darauf ankomme, ob nur eine mäßige oder wesentliche Erschwerung der Wiederherstellung für den Werkmeister vorliege. Diesen den §§ 157 und 242 entsprechenden Grundsatz wird man für das Bürgerliche Gesetzbuch wohl auch annehmen können.

[1]) Mot. S. 498.

[2]) Mot. S. 501.

[3]) Oertmann I a. a. O. S. 60, s. die von ihm angeführten Quellenstellen hierfür.

Betonen möchten wir jedoch, daß diese Pflicht zur Wiederherstellung nur eine ganz ausnahmsweise im Fall der Billigkeit sein kann, da durch den Eintritt des casus das gegenseitige Schuldverhältnis aufgelöst wird.

Meistenteils wird sich ja die Frage nach der Wiederherstellung von selber regeln, da bei der regelmäßigen Gefahrtragung des Werkmeisters dieser, um seines Lohnanspruchs nicht verlustig zu gehen, wenn die Wiederherstellung ihm nicht allzu schwierig ist, solche bewirken wird[2]) und hierzu auch berechtigt ist. Eine Pflicht seinerseits hierzu nehmen wir ausnahmsweise im Fall der Billigkeit an. Trägt der Besteller die Gefahr, so wird der Unternehmer nur im Fall einer neuen Vertragsabrede zur Wiedererrichtung schreiten. Ist ihm, wie vorhin erwähnt, eine Ergänzung des Werks leicht möglich, so ist er hierzu gegen eine Entschädigung seitens des Bestellers nach den Grundsätzen der bona fides und der §§ 157 und 242 auch verpflichtet. Das richterliche Ermessen wird in diesen Fällen Platz greifen müssen. Jedenfalls ist aber nach den Grundsätzen des gegenseitigen Vertrags, es sei denn, daß eine neue Vertragsabrede hinzutritt, der Lohn nur einmal zu zahlen, da es sich nicht um zwei Werke, sondern nur um eines handelt.[3]) Desgleichen wird der Unternehmer, wenn er die Gefahr trägt, keine Vergütung für den entstandenen Mehraufwand beanspruchen dürfen.

[1]) Anderer Meinung Jahnke a. a. O. S. 52. Er verkennt, daß der zwar auf „ein bestimmtes Arbeitsresultat" gerichtete Werkvertrag dennoch nach den Grundsätzen des gegenseitigen Vertrags zu behandeln ist. Die von ihm angenommene „exorbitante Haftungspflicht" ist nicht begründet.

[2]) Ebenso Crome II a. a. O. S. 696 u. Schmidt a. a. O. S. 79.

[3]) Oertmann I a. a. O. S. 60.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.